



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

ANÁLISIS DOGMÁTICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA ATENUANTE DE
IRREPROCHABLE CONDUCTA ANTERIOR DEL DELINCUENTE.

**Memoria de prueba para optar al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales**

Memorista: Paola Andrea Tabilo González
Profesor Guía: Mario Garrido Montt

Santiago, Chile
2009

TABLA DE CONTENIDO

ABREVIATURAS.....	5
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I	
<u>CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....</u>	11
A. ORIGEN HISTÓRICO DE LA ATENUANTE DE IRREPROCHABLE CONDUCTA ANTERIOR Y SU RELACIÓN SISTEMÁTICA CON EL CÓDIGO PENAL CHILENO.....	
1.- <u>Incorporación de la atenuante en el Código Penal Chileno.....</u>	13
2.- <u>Relación sistemática entre la atenuante de irreprochable conducta anterior y el Código Penal Chileno.....</u>	17
3.- <u>Consecuencias del rechazo de la atenuante por analogía.....</u>	20
B. LA ATENUANTE DE IRREPROCHABLE CONDUCTA ANTERIOR EN EL DERECHO COMPARADO.....	
1.- <u>Algunos Códigos que contemplan la posibilidad de atenuar la pena en consideración a la conducta previa del autor del delito.....</u>	22
2.- <u>Algunos Códigos en que no se contempla la posibilidad de atenuar la pena en consideración a la conducta previa del autor del delito.....</u>	29
C. FUNDAMENTO Y FINES DE LA PENA EN UN DERECHO PENAL DE GARANTÍAS	
1.- <u>La Pena.....</u>	35
2.- <u>Necesidad de Legitimación Racional de la Pena.....</u>	37
3.- <u>Legitimación Prospectiva y Retrospectiva.....</u>	38
4.- <u>Teorías de los Fines de la Pena.....</u>	38
a.- Teoría de la Retribución:.....	39
b.- Teorías Prevencionistas:.....	42
1) <u>Prevención General Negativa (de Intimidación):.....</u>	42
2) <u>Prevención General Positiva (de Integración):.....</u>	44
3) <u>Prevención Especial:.....</u>	45
c.- Teoría Unificadora Dialéctica:.....	48
d.- Planteamiento Personal:.....	50

D. PRINCIPIOS LIMITADORES DEL IUS PUNIENDI ESTATAL.....	55
1.- <u>Principio del Hecho</u>	57
2.- <u>Principio de Intervención Mínima del Derecho Penal</u>	58
3.- <u>Principio de Humanidad</u>	60
4.- <u>Presunción de Inocencia</u>	61
5.- <u>Principio de Necesidad y Utilidad de la Intervención Penal</u>	61
6.- <u>Orientación de las penas privativas de libertad a la Resocialización</u>	62
CAPÍTULO II	
<u>ANÁLISIS DOCTRINARIO DE LA ATENUANTE DE IRREPROCHABLE</u>	
<u>CONDUCTA ANTERIOR DEL DELINCUENTE</u>	64
A. LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	
EN GENERAL.....	64
1.- <u>Definición de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad</u>	
<u>penal según Enrique Cury</u>	65
2.- <u>Definición de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad</u>	
<u>penal según Juan Bustos</u>	65
3.- <u>Definición de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad</u>	
<u>penal según Eduardo Novoa</u>	66
B. LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	
EN GENERAL.....	68
C. FUNDAMENTO DE LA ATENUANTE DE IRREPROCHABLE CONDUCTA	
ANTERIOR DEL DELINCUENTE SEGÚN LA DOCTRINA.....	72
D. ELEMENTOS DE LA ATENUANTE.....	78
1.- <u>La conducta</u>	78
2.- <u>La irreprochabilidad de la conducta</u>	80
3.- <u>Planteamiento personal respecto al ámbito de conductas relevantes</u>	
<u>para la aplicación de la atenuante</u>	82
4.- <u>Conducta Anterior Irreprochable</u>	83

CAPÍTULO III

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA ATENUANTE DE IRREPROCHABLE

<u>CONDUCTA ANTERIOR DEL DELINCUENTE</u>	85
A. EXISTIENDO UN EXTRACTO DE FILIACIÓN LIBRE DE CONDENAS SE CONCEDE LA ATENUANTE.....	87
1.- <u>Casos en que se rechaza la atenuante a pesar de existir un extracto de filiación libre de antecedentes</u>	91
B. SE RECHAZA LA ATENUANTE SI EL EXTRACTO DE FILIACIÓN REGISTRA CONDENAS PREVIAS AL DELITO.....	92
1.- <u>Casos Especiales</u>	94
2.- <u>Crítica a los casos mencionados</u>	98
C. REPROBABLE COMPORTAMIENTO ÉTICO CON TRASCENDENCIA EN LO SOCIAL	100
1.- <u>Interpretación Tradicional de la Atenuante</u>	103
a.- Antecedentes eliminados del prontuario:	104
1) <u>D.L. N° 409:</u>	104
2) <u>D.S. N° 64:</u>	106
3) <u>Artículo 29 de la Ley N° 18.216:</u>	106
4) <u>Ley N° 19.962:</u>	107
b.- Anotaciones de Auto de Procesamiento:	109
c.- Condenas previas en país extranjero:	111
d.- Actos de Violencia Intrafamiliar:	112
2.- <u>Interpretación Extensiva de la Atenuante</u>	113
E. CALIFICACIÓN DE LA ATENUANTE.....	120
1.- <u>Elementos para determinar la procedencia de la calificación de la atenuante</u>	120
2.- <u>¿La calificación es un asunto de los jueces de fondo?</u>	121

CAPÍTULO IV

<u>PROPUESTAS DE LEGE FERENDA</u>	123
A. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DE LA ATENUANTE.....	123
1.- <u>Proyectos de ley actualmente en estudio</u>	123
a.- Proyecto de Ley N° 3585-2007, de fecha 6 de Julio de 2004:	123

b.- Proyecto de Ley N° 4350-2007, de fecha 19 de Julio de 2006:.....	125
c.- Proyecto de Ley N° 4371-2007, de fecha 1 de Agosto de 2006:.....	126
d.- Proyecto de Ley N° 4396-2007, de fecha 2 de Agosto de 2006:.....	127
e.- Proyecto de Ley N° 4931-2007, de fecha 3 de Abril de 2007:.....	127
2.- <u>¿Es legítimo establecer a priori que ante determinados delitos no cabe la atenuante de irreprochable conducta anterior?</u>	128
3.- <u>Propuesta del Anteproyecto de Código Penal Chileno</u>	130
a.- Supresión de la atenuante	130
b.- Modificación de la formulación de la atenuante	131
4.- <u>Observaciones a la formulación propuesta por el ACPCH</u>	133
B. SISTEMA DE NUMERUS CLAUSUS CON CLAUSULA DE ANALOGÍA.....	135
CONCLUSIÓN.....	136
ANEXO.....	147
BIBLIOGRAFÍA.....	161

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
ACPCH	Anteproyecto de Código Penal Chileno
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
C.P.	Código Penal
C.P.P.	Código Procesal Penal
Corte de	Corte de Apelaciones de
CS	Corte Suprema
D.	Decreto
D.L.	Decreto Ley
D.S.	Decreto Supremo
G de los T	Gaceta de los Tribunales
GJ	Gaceta Jurídica
ibid	Ibídem: en la misma obra y en la misma página.
JG	Juzgado de Garantía
Juzg.	Juzgado
Nº	Número
Op. cit.	Obra ya citada del mismo autor
RDJ	Revista de Derecho y Jurisprudencia
RCP	Revista de Ciencias Penales
Sec.	Sección
Sic.	Así escrito por quien se cita
T.	Tomo
TJOP	Tribunal de Juicio Oral en lo Penal
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

El estudio de la irreprochable conducta anterior del delincuente, como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, es un tema abordado someramente por la doctrina, a pesar de ser la atenuante que registra mayor aplicación por parte de nuestros tribunales ante delitos de mayor connotación social.

La escasa investigación existente carece de una perspectiva político criminal que analice la institución a la luz de la teoría de los fines de la pena y los principios limitadores del ius puniendi estatal. La relevancia de estos principios radica en que, sólo mediante su estudio y aplicación, será posible desarrollar apropiadamente una fundamentación de la atenuante coherente con un Derecho Penal de Garantías.

La hipótesis planteada en esta investigación consiste en que la Irreprochable Conducta Anterior del Delincuente constituye un indicio de menor o nula necesidad de inocualización, intimidación y corrección o resocialización del sujeto, en consideración a que, con anterioridad al delito, ha mantenido un comportamiento acorde a la ley penal y las expectativas ético sociales imperantes, constituyendo el delito una excepción a su conducta habitual.

Es decir, la irreprochable conducta anterior del delincuente fundaría la atenuación de la pena, basándose en exigencias preventivo especiales y en los principios limitadores del ius puniendi estatal: Subsidiariedad del Derecho Penal, Resocialización y Necesidad de la Pena.

A fin de establecer la efectividad de esta hipótesis será necesario analizar, desde un punto de vista crítico, dogmático y jurisprudencial, la justificación de la existencia de la atenuante de responsabilidad penal contenida en el artículo 11 número 6 del Código Penal, siendo éste el objetivo principal de la presente investigación.

Para alcanzar este objetivo general se requerirá abordar los siguientes temas específicos:

- 1.- Coherencia entre la atenuante en cuestión y la sistemática del Código.
- 2.- Relación entre el Derecho Penal de Autor y la atenuante.
- 3.- Estudio del derecho comparado.
- 4.- Conclusiones sobre los límites de la pena.
- 5.- Fundamento de la atenuante.
- 6.- Alcance de la atenuante.
- 7.- Tendencias jurisprudenciales en cuanto a la interpretación de la atenuante.
- 8.- Principio de presunción de inocencia en relación a la atenuante (analizado transversalmente durante la investigación)
- 9.- Propuestas de lege ferenda.

Estos objetivos específicos se traducirán en la siguiente estructura de capítulos en que se divide este trabajo:

I. Consideraciones preliminares, entre las que se cuenta el análisis del contexto histórico en que surge la atenuante, su proceso de incorporación en la legislación nacional y algunos reparos que ello merece a parte de la doctrina (entre los que se destaca su vinculación al Derecho Penal de Autor y su

consideración como un elemento extraño al C.P. Chileno). Asimismo, se necesario revisará el derecho comparado en busca de atenuantes basadas en la conducta previa del autor del delito. Al final de este capítulo, se examinarán brevemente la teoría de los Fines de la Pena y los principios limitadores del ius puniendi estatal.

Teniendo claros estos conceptos, será posible enfrentar con bases sólidas el estudio que se pretende desarrollar en los capítulos posteriores.

II. Análisis doctrinario general de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, circunstancias atenuantes y particularmente de la irreprochable conducta anterior del delincuente. Lo que incluirá la descripción de las opiniones de diversos autores respecto al fundamento de la atenuante en cuestión y los elementos que la constituyen, los que a su vez son requisitos procesales de la misma.

III. Exposición de las diferentes interpretaciones jurisprudenciales de la atenuante y formulación de un sistema de criterios generales y específicos derivado de este análisis.

Respecto a este punto es importante señalar que, para un estudio profundo de la circunstancia atenuante objeto de esta investigación, resulta indispensable desarrollar ampliamente las dos tendencias jurisprudenciales relativas al ámbito de aplicación de la atenuante: la interpretación tradicional, basada en la doctrina mayoritaria, según la cual el alcance de la atenuante se extiende al ámbito ético con significación social, y la interpretación extensiva, que da lugar a la atenuante bastando para ello la inexistencia de condenas previas, a pesar de la

presencia de otros antecedentes que puedan hacer cuestionable su aplicación, basándose para ello en el Principio de Presunción de Inocencia.

En relación a esta última tendencia interpretativa se investigará la posible contradicción entre el Principio de Presunción de Inocencia y la interpretación tradicional de la atenuante.

IV. Examen de las diferentes propuestas de lege ferenda relativas al tema, lo cual implica estudiar la instauración de un sistema de *numerus clausus* con cláusula de analogía, revisar proyectos de ley que tienen por objetivo modificar la atenuante objeto de esta investigación, y analizar críticamente la formulación objetiva de la atenuante que adopta el Anteproyecto de Código Penal.

La investigación descrita nos permitirá establecer una posición fundada sobre cada uno de los temas debatidos relacionados a la atenuante, como son: su fundamento, alcance, objetivos, elementos, interpretación y posibilidades de modificación, todo lo cual se verá reflejado en una serie de conclusiones con las que terminará este trabajo.

Se agrega finalmente un anexo que contiene los artículos del Derecho Comparado que se examinarán en el capítulo II de esta memoria.

La metodología requerida para desarrollar esta investigación es del tipo documental, empírica (debido al examen de jurisprudencia referida al tema), explicativa y aplicada, en el sentido de buscar y resolver el problema de la fundamentación de la atenuante aplicando las teorías y principios del Derecho Penal.

Se investigará el derecho comparado consultando directamente los textos legislativos extranjeros, mientras que la opinión de los más destacados autores nacionales e internacionales será esencial para dilucidar la naturaleza y fundamentos de la institución que se investiga.

El análisis de la jurisprudencia nacional abarcará tanto el estado actual de las tendencias jurisprudenciales, como la evolución de ellas, para lo cuál ha sido necesario estudiar una amplia variedad de fallos comprendidos entre los siglos XX y XXI, con especial atención a los pronunciamientos del nuevo proceso penal.

Un análisis tan profundo y actualizado como el que se pretende en esta memoria constituye un claro aporte al estudio de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, resultando especialmente relevante la vinculación que se intenta demostrar entre el fundamento de la atenuante y principios político criminales derivados de necesidades de prevención especial y algunos principios limitadores del ius puniendi estatal.

Otro punto de innovación sumamente importante, y de nulo desarrollo doctrinario, se refiere al análisis del posible conflicto entre la interpretación de la atenuante que realiza la doctrina mayoritaria y el Principio de Inocencia, que ha sido esgrimido por parte de la jurisprudencia para extender la aplicación de la atenuante a casos que no quedarían comprendidos en ella según el tenor literal de la norma.

Por último, se innova proponiendo modificaciones al sistema de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal inspiradas en los principios político criminales vigentes.

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

A. ORIGEN HISTÓRICO DE LA ATENUANTE DE IRREPROCHABLE CONDUCTA ANTERIOR Y SU RELACIÓN SISTEMÁTICA CON EL CÓDIGO PENAL CHILENO.

La atenuante objeto de esta investigación aparece regulada, por primera vez, en el artículo 39 n° 2 del Código Penal Austriaco de 1803, el cual la expresa en los siguientes términos: “Las circunstancias atenuantes relativas a la persona son: ... 2ª Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable.”¹

Este Código², al igual que sus contemporáneos, se inspiró en las ideas de la ilustración y es un fiel relejo de la tendencia positivista imperante. Es así como, apegándose al Principio de Legalidad, destierra dentro de lo posible el arbitrio judicial, estableciendo un cuidadoso sistema de penas, eximentes, atenuantes y agravantes. Su estructura y contenido sirvieron (entre otros) de inspiración a Bernardo Pereira de Vasconcelos en la redacción del Código Penal de Brasil de 1830³ y a Livingston en la redacción del Proyecto de Código Penal de la

¹ PACHECO, Joaquín. “El Código Penal. Concordado y comentado”. 6ª Edición. Madrid. España. Imprenta y Fundación Manuel Tello. 1888. Tomo I. Página 209.

² El Código Penal de Austria de 1852, en su artículo 46 letra b, mantuvo la atenuante en los mismos términos. Actualmente la ley penal austriaca mantiene una atenuante de similares características.

³ BRAVO LIRA, Bernardino. “Bicentenario del Código Penal de Austria. Su proyección desde el Danubio a Filipinas”. Rev. estud. Hist.-juríd. [en línea]. 2004. N° 26. Páginas 115-155. Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-5452004002600005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0716-5455 [citado 21 Enero 2008]. Don Bernardino

Luisiana. El proyecto de Código Penal de Brasil se diferencia del Código Austriaco, principalmente, en lo referido al arbitrio judicial, y específicamente, en los siguientes aspectos: elimina la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, aumenta la cantidad de agravantes y “deja entregada al juez la apreciación de estas circunstancias para la imposición de la pena en los diversos grados o para su mudanza queda en absoluto dependiente de la conciencia de los jueces”⁴. De este modo adapta la codificación europea a las necesidades y tradiciones de su país⁵.

En relación al proyecto de Código Penal de Brasil, don Bernardino Bravo señala que: “La cultura jurídica hispánica entiende a su manera la legalidad y, por tanto, también el principio *nullum crimen*. A tono con ello, Vasconcelos subraya la distinción entre pena ordinaria, impuesta por la ley al delito de que se trata y la extraordinaria, la que los jueces imponen fundados en el arbitrio que este código les confiere”. El contraste con el Código Penal Austriaco no puede ser más patente, “la pena debe aplicarse dentro de los límites de ley: No se puede aplicar una pena más dura que la prescrita por la ley, según las circunstancias del delito y la posición del autor”⁶.

Bravo reconoce la originalidad del Código Criminal del Imperio de Brasil de 1830, pero advierte la semejanza estructural entre éste y el Código austriaco. Algunas similitudes serían: la definición de delito, la indistinción entre delito y crimen y la división bipartita de la estructura en ambos códigos (el austriaco se dividía en una sección de los Delitos y Penas y otra de la Instrucción Criminal, mientras que el brasileño se dividía en una primera parte que contendría el Código Penal y una segunda parte con el Código de Proceso Criminal).

⁴ Ibid.

⁵ El estudio de la evolución de la atenuante de irreprochable conducta anterior en el Derecho histórico comparado, es necesario para (más adelante) rebatir la crítica sistemática que plantean algunos autores nacionales.

⁶ Ibid.

En la redacción final del Código Penal de Brasil de 1830 se eliminó aquellas disposiciones que producían una indeterminación de la pena y, por ende, vulneraban el Principio de Legalidad. Asimismo, se perfeccionó el sistema de graduación de la pena, creando tres niveles en aquellos casos en que la ley sólo establezca el máximo y el mínimo, de modo que la pena se determinaría en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes que concurrieran en el delito.

Posteriormente, el Código Penal de España de 1848 toma como modelo, entre otros, al Código Penal de Brasil⁷, especialmente en lo relacionado a reemplazar el arbitrio judicial por el Principio de Legalidad y la omisión de la atenuante de irreprochable conducta anterior en el catálogo de atenuantes. En este último aspecto se diferencia del Código Penal de España de 1822, el cual incluía en su artículo 107 n° 4 como circunstancia que disminuye el grado del delito: “El ser el primer delito y haber sido constantemente buena la conducta anterior del delincuente, ó haber hecho éste servicios importantes al Estado”⁸.

1.- Incorporación de la atenuante en el Código Penal Chileno

La Comisión Redactora del Código Penal Chileno trató el tema de las atenuantes en las sesiones 7ª y 8ª; utilizando como base el Código Penal español de 1850⁹ y el Código Penal austriaco de 1803. Una vez aceptadas, con

⁷ Ibid.

⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, RODRÍGUEZ, L., RUIZ, L. “Códigos Penales Españoles. 1822-1848-1850-1870-1928-1932-1944. Recopilación y Concordancias”. Madrid. España. Ediciones Akal S.A. 1988. Página 36; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro. “El Código Penal de 1870. Comentado y Concordado”. 2ª Edición. Madrid. Establecimiento Tipográfico de los Hijos de J. A. García. 1902-1914. Página 398.

⁹ Durante la sesión 8ª, se señala que la circunstancia 4º del artículo 11 (“La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, sus ascendientes, descendientes, cónyuge,

algunas modificaciones, las circunstancias 1ª, 2ª, 4ª, 5ª y 7ª del artículo 9 del Código Penal español, “El señor Reyes hizo presente que habían en el Código austriaco consignadas otras circunstancias atenuantes que convendría asentar en el Código. Aceptada unánimemente esta indicación, fueron aprobadas con mui corto debate las siguientes, tomadas del artículo 39¹⁰ de ese código:

6ª La de haber procurado con celo reparar el mal causado, o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

La 8ª conservando la misma idea de la 8ª del Art. 39 del Código austriaco, a indicación del señor Fábres se consignó en estos términos:

8ª Si del proceso no resulta otra prueba contra el delincuente que su espontánea confesión”¹¹.

Finalmente, durante la sesión de revisión 122ª, se aprobaron las atenuantes consignadas en los números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 9, modificando la redacción de la número 8ª (“Si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado i confesado el delito”) y agregando la 10ª

hermanos o afines en los mismos grados.”), se aprobó en la misma redacción que el numeral 5 del artículo 9º del Código español. Esto implica que la comisión redactora del Código Penal Chileno, no utilizó para la discusión de las circunstancias atenuantes el Código Penal de España de 1870, ya que éste también contempla la atenuante, pero con otra redacción: “5º La de haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales ó adoptivos ó afines en los mismos grados.”

En la misma sesión 8ª, al tratar la circunstancia número 6 del artículo 9 del Código español se hace referencia a un inciso segundo de dicho artículo, el cual no existía en el artículo 9 del Código Penal español de 1848, por lo que la utilización de este último por la comisión queda descartada, al menos en cuanto a discusión sobre las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal.

¹⁰ La referencia al artículo 39 del Código Penal austriaco hace evidente que el Código que se tuvo a la vista fue el de 1803 y no el de 1852, ya que éste enumeraba las circunstancias atenuantes en el artículo 46, mientras que el de 1803 las enumeraba en el artículo 39.

¹¹ ACTAS DE LAS SESIONES DE LA COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO. Santiago de Chile. Imprenta de la República. 1873. Sesión 8ª de fecha 17 de Mayo de 1870. Páginas 258 y 259.

(“Haber obrado por celo de la justicia”)¹². De lo expuesto en las sesiones 8ª y 122ª es posible observar que:

1º Durante la sesión 8ª se discute la inclusión de algunas atenuantes del artículo 39 del Código Penal austriaco, aprobándose las atenuantes: “6ª La de haber procurado con celo reparar el mal causado, o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias” y “8ª Si del proceso no resulta otra prueba contra el delincuente que su espontánea confesión”. De lo anterior, sólo resta concluir que la omitida circunstancia 7ª, debió corresponder a la atenuante de irreprochable conducta anterior del delincuente. Asimismo es necesario aclarar que, tal como lo señalan Manuel de Rivacoba¹³ y Alejandro Fuensalida¹⁴, la atenuante 8ª no procede del Código Penal austriaco, sino del español de 1822, circunstancia 6ª “El presentarse voluntariamente á las autoridades después de cometido el delito, ó confesarlo con sinceridad en el juicio, no estando convencido el reo por otras pruebas”¹⁵.

2º Durante la sesión 122ª se omite mencionar que la atenuante 8ª, aprobada en la sesión 8ª, pasa a ser la atenuante 9ª.

3º Tal como lo señalan Etcheberry¹⁶ y Novoa¹⁷, los comisionados tomaron de referencia, en la discusión sobre las circunstancias atenuantes, el libro “El

¹² CURY URZÚA, Enrique. “Derecho Penal: Parte General”. Santiago. Chile. Ediciones Universidad Católica. 2005. Página 117. Atribuye la creación de dicha atenuante a la Comisión Redactora del Código Penal Chileno.

¹³ RIVACOBAS Y RIVACOBAS, Manuel de. “Código Penal de la República de Chile; y, Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno / preparada bajo la dirección y con un estudio preliminar del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba”. Valparaíso. Chile. EDEVAL. 1974. Página XXX y XXXI.

¹⁴ FUENSALIDA, Alejandro. “Concordancias y Comentarios del Código Penal Chileno”. Tomo I. Lima. Perú. Imprenta Comercial Calle del Huallaga N. 139. 1883. Páginas 89.

¹⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, RODRÍGUEZ, L., RUIZ, L. Op cit. Página 36.

¹⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal”. 3ª Edición. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1998. Tomo II. Página 23.

Código Penal. Concordado y comentado” de Joaquín Francisco Pacheco. Incluso para Manuel Rivacoba lo más cuerdo sería pensar que manejaban dicho libro y no el Código Penal de Austria de 1803, directamente¹⁸. Esta suposición resulta aún más plausible si consideramos que permite explicar la referencia a un Código que no se encontraba vigente a la época de las sesiones, a lo cual cabe agregar que en las propias actas se menciona la lectura de los comentarios de Pacheco¹⁹ y que la discusión sobre las atenuantes provenientes del Código Penal Austriaco se produce una vez rechazada la 8ª atenuante del artículo 9 del Código Penal español (cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores), es decir, siguiendo el mismo orden que Pacheco utilizara en su obra²⁰.

2.- Relación sistemática entre la atenuante de irreprochable conducta anterior y el Código Penal Chileno

¹⁷ NOVOA MONREAL, Eduardo. “Curso de Derecho Penal Chileno”. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2005. Tomo II. Página 32 y 33.

¹⁸ Así lo cree RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de. Op cit. Página XXXI. Basándose en que dicho libro por la fecha en que fue escrito contenía referencias al Código Penal austriaco de 1803. Esta observación resulta efectiva incluso en ediciones posteriores a 1880.

¹⁹ Ibid. Página 257. En la sesión 8ª el señor Altamirano da “lectura al número 7 del comentario de Pacheco a este inciso...”.

²⁰ PACHECO, Joaquín. Op cit. Páginas 192 a 212. Al realizar las concordancias de dicha circunstancia atenuante, Pacheco traduce parte del artículo 39 del Código Penal austriaco, concluyendo, al pie de la página 212, estar de todo punto conforme con la indicación que realiza el Colegio de Abogados de Madrid en Noviembre de 1852, según la cual “Convendría además añadir (dice la Junta del Colegio de abogados) á las circunstancias atenuantes la de irreprochable conducta anterior del procesado, la de presentarse y confesar su delito, pudiendo ocultarse ó sustraerse por medio de la fuga de las persecuciones judiciales, la de haber reparado ó procurado reparar el mal causado y atajado o procurado atajar sus consecuencias”. Pacheco no se pronuncia sobre la procedencia de incorporar la circunstancia de “si del proceso no resulta otra prueba contra el delincuente que su espontánea confesión”, pero podemos suponer que se recogió directamente desde el artículo 107 del Código Penal español de 1822, también transcrito a propósito de las concordancias de la circunstancia 8ª del artículo 9 del Código Penal Español.

Algunos autores, entre ellos Manuel de Rivacoba y Alejandro Fuensalida, han criticado la incorporación de la irreprochable conducta anterior del delincuente a nuestro catálogo de circunstancias atenuantes, argumentando que significa implantar elementos extraños al sistema del Código, haciéndolo incurrir en sinsentidos, al contravenir sus propias directivas interpretativas.

Según Rivacoba, “la inserción, entre las atenuantes del artículo 11, de las circunstancias 6ª, 7ª, 8ª y 9ª, supone alterar y contradecir el espíritu del Código, estimando, en la graduación de la gravedad de un delito, elementos anteriores o posteriores, pero, en todo caso, por completo extraños a él, e incluyendo, por consiguiente, en un Derecho penal de Acto, consideraciones referentes a la personalidad del autor y ajenas a su actividad criminal”.²¹

Por otra parte, Fuensalida²² se opuso a la existencia de atenuantes basadas en un fundamento distinto al de las circunstancias señaladas en el artículo 9 del Código español. Al respecto, diversos autores²³ concuerdan, en que el fundamento de las circunstancias atenuantes del Código Penal español es la

²¹ RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de. Op cit. Página XXX.

²² FUENSALIDA, Alejandro. Ibid.

²³ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro. Op cit. Página 402. Señala que: “... en sus siete primeros números se habían buscado los verdaderos orígenes de la atenuación, y que ésta siempre se concedía porque la voluntad, mejor dicho, sus requisitos esenciales, no estaban completos. De aquí deduciremos ahora, que la atenuación acompaña, sigue, la lleva en sí el agente al cometer el delito...”; En un sentido similar, BACIGALUPO, Enrique. “Derecho Penal. Parte General”. 2ª Edición. Buenos Aires. Argentina. 1999. Bacigalupo señala que “el fundamento común de las circunstancias atenuantes contempladas en el Derecho vigente (artículo 21 Código Penal Español) es la menor culpabilidad del autor”... “las atenuantes operan como consecuencia del principio de culpabilidad”. De lo cual se desprende que relaciona el fundamento de las atenuantes con circunstancias que influyeron en la ejecución del delito y no anteriores e independientes al mismo, como es el caso de la atenuante de irreprochable conducta anterior; Asimismo CUELLO CALON, Eugenio. “Manual de Derecho Penal Español conforme al nuevo Código Penal”. Barcelona. España. Editorial Bosch. 1945. Señala que circunstancias atenuantes “son todas ellas circunstancias de carácter personal, estados subjetivos en los que, sin culpa suya, se haya colocado el agente, que debilitan su voluntad y mediante cuyo influjo cae éste más fácilmente en delincuencia”.

modificación notable de la voluntad en el momento en que se comete el delito, la cual faltaría en las primeras circunstancias, estaría menoscabada en las segundas y sería excesiva en las últimas. Según Fuensalida, “La conducta irreprochable de un hombre, hasta el momento en que comete un delito, no puede decirse que es un motivo que haya modificado su voluntad de un modo favorable en el acto de la comisión...”²⁴. Además, objeta la atenuante en cuestión, sosteniendo que importa una invasión al campo de la justicia puramente moral, señalando al respecto, que: “La justicia social, según Rossi, no puede apreciar más que los actos especiales que caen bajo el imperio de las leyes. A ella no le pertenece considerar el mérito o demérito absolutos; ella no tiene derecho a castigar sino el mal imputable, proporcionando la pena a la gravedad del daño i al grado de culpabilidad que se revela por el mismo acto; ella no puede pedir cuenta a un hombre de su vida entera, sino de sus violaciones a los derechos de otro garantizados por una sanción penal”²⁵.

Respecto a la incorporación de elementos extraños al Código, y basándonos en la evolución del sistema de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, a través de los Códigos Penales de Austria, Brasil y España, podemos afirmar que: siendo el Código Penal de Austria de 1803, fuente indirecta del Código Penal de España 1850, asimismo lo es del Código Penal Chileno, y por ende, la incorporación de la atenuante de irreprochable conducta anterior del delincuente, en su catálogo de atenuantes, implica simplemente la revaloración de un elemento que, habiendo sido eliminado por el legislador español, resultó necesario a juicio de la comisión redactora del Código Penal de Chile.

²⁴ FUENSALIDA, Alejandro. Op cit. Página 90.

²⁵ FUENSALIDA, Alejandro. Ibid.

En relación a la consideración de una característica personal del autor como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, lo que vulneraría el Principio del Hecho, tal como se verá al estudiar los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, es la consideración de la personalidad del autor como presupuesto del delito o de las circunstancias que comportan una agravación de la pena, pero no existe impedimento alguno para utilizarla como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, si se basa en una exigencia preventivo especial.

Al respecto, autores como, Roxin y Luzón Peña, incluso reconocen que se trataría de una manifestación residual del Derecho Penal de Autor, pero en nada censurable, ya que al no menoscabar la certeza jurídica, el Principio del Hecho no se vería transgredido²⁶.

Las críticas pronunciadas por Rivacoba y Fuensalida tienen como elemento común la supuesta falta de fundamento de la atenuante de irreprochable conducta anterior, ya que claramente no se inspira en el principio rector del sistema de atenuantes del Código Penal Español de 1850 (cuyas atenuantes se basaban en una modificación notable en la voluntad del autor, que incidía directamente en el delito). Este planteamiento es comprensible en Fuensalida, ya que en atención a la época de su obra, difícilmente pudo tener acceso a las ideas sobre prevención especial. Pero actualmente, tanto la doctrina como el

²⁶ ROXIN, Claus. “Derecho Penal. Parte General”. Tomo I. Madrid. España. Editorial Civitas. 1997. Página 188. “Como no hay ninguna prohibición de exceso respecto a la culpabilidad que se oponga a ello, en este caso puede desplegar sus efectos sin obstáculos un pensamiento de Derecho Penal de autor preventivo especial... cabe afirmar que la idea de un Derecho penal de autor preventivo especial tiene aún un gran futuro en el (limitado) terreno de la medición de la pena y de la configuración de la sanción cuando se queda por debajo de la medida de la culpabilidad”; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. “Curso de Derecho Penal. Parte General”. Madrid. España. Editorial Universitas S.A. 1996. Tomo I. Página 61.

Derecho comparado²⁷, admiten una variedad de atenuantes con diferentes fundamentos, de acuerdo a los principios imperantes en un Estado social y democrático de Derecho.

3.- Consecuencias del rechazo de la atenuante por analogía

Es importante aclarar que la incorporación de las atenuantes provenientes del Código Penal de Austria, no se produce como consecuencia del rechazo de la atenuante residual de analogía. Dicha circunstancia residual fue recogida por los Códigos españoles de 1848, 1850 y 1870 en los siguientes términos: “8ª Y últimamente, cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga á las anteriores.”²⁸

El objetivo de la atenuante analógica de la legislación española es salvar las posibles omisiones del legislador, permitiendo considerar circunstancias que, no estando expresamente señaladas en el Código, se basan en el mismo fundamento de alguna de las que sí se señalan expresamente.

Debido a que la irreprochable conducta anterior del delincuente se funda en un presupuesto distinto, la jurisprudencia española ha rechazado en reiteradas

²⁷ También el Código Penal Español ha incorporado atenuantes con un fundamento distinto a la modificación notable en la voluntad, como son: haber confesado la infracción antes de conocer del procedimiento en su contra y la de reparar el daño causado a la víctima o disminuir sus efectos. Estas atenuantes tienen por objetivo incentivar la colaboración con la justicia y obtener reparación para la víctima. Consultar anexo nº 17.

²⁸ El Código Penal de España de 1822 ya contemplaba la circunstancia analógica, pero en términos diferentes: “Artículo 109 Cuando alguna culpa ó delito de los comprendidos en este código resultare con circunstancias que no estén expresadas literalmente en ninguna de sus disposiciones, pero que á juicio de los jueces de hecho tenga una perfecta semejanza y analogía con otras de las literalmente espresadas, podrá el juez aplicar la pena de éstas si no tuviese motivo fundado de duda para consultar al superior competente. La propia regla se observará en cuanto á las circunstancias que favorezcan al procesado”. Actualmente el Código Penal español establece en el artículo 21, circunstancia 6ª: “Cualquier otra circunstancia de análoga significación a las anteriores.”

ocasiones que se le considere como una circunstancia de igual entidad y análoga a las señaladas en el catálogo de atenuantes²⁹.

El principal efecto del rechazo a la atenuante residual de analogía es el establecimiento de un sistema de *numerus clausus*, absolutamente restrictivo del arbitrio judicial, donde las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal se encuentran determinadas taxativamente por la ley, lo cual impide al tribunal considerar otras circunstancias relevantes del hecho al momento de fijar la pena.

B. LA ATENUANTE DE IRREPROCHABLE CONDUCTA ANTERIOR EN EL DERECHO COMPARADO.

²⁹ Consultar página 77.

Al estudiar el Derecho Comparado podemos observar que es variable, tanto la presencia, como la formulación de una atenuante basada en la conducta del sujeto previa al delito.

A fin de comparar la formulación chilena de esta atenuante con las extranjeras, comenzaremos por describir las tendencias existentes, mencionando algunos Códigos que adscriben a ellas.

1.- Algunos Códigos que contemplan la posibilidad de atenuar la pena en consideración a la conducta previa del autor del delito

a.- El Código Penal Alemán³⁰: establece un sistema de principios, donde la culpabilidad del autor constituye el fundamento para la fijación de la pena, pero a la vez deben considerarse las consecuencias de la pena para la vida futura del autor en la sociedad, en aplicación del principio de resocialización y exigencias de prevención especial. El sistema de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal es de *numerus apertus* (sin separación entre agravantes y atenuantes), ya que señala de manera ejemplar una serie de circunstancias que deben considerarse, entre las cuales se encuentran “los antecedentes de conducta del autor, sus condiciones personales y económicas, así como su conducta después del hecho, especialmente su esfuerzo para reparar el daño, así como el esfuerzo del autor de lograr un acuerdo con la

³⁰ CÓDIGO PENAL DE ALEMANIA. De 15 de mayo de 1871, última modificación de 31 de Enero de 1998. Traducido por Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia. 1999. [en línea] <<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obras/stgb.pdf>> [consulta: 07 Febrero de 2008] Artículo 46. Ver anexo nº1.

víctima”. A estas circunstancias generales se agregan algunas previstas para cada delito en la parte especial.

b.- Código Penal de Argentina³¹: al igual que el Código penal alemán, regula conjuntamente circunstancias atenuantes y agravantes. Para fijar la pena toma en cuenta “la conducta precedente del sujeto”, entre otras circunstancias relacionadas con los “antecedentes y condiciones personales” del autor del delito, como su edad, educación, costumbres, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos. De la generalidad de los términos utilizados por dicho Código, podemos concluir que adopta un sistema de *numerus apertus*.

c.- Código Penal de Austria³²: señala entre las causas específicas de mitigación, que el hecho (delito) sea una conducta llamativamente contradictoria, en relación con la conducta ordenada que ha llevado hasta ese momento el sujeto.

d.- Código Penal de Bolivia³³: la pena se determina (dentro de los límites legales) en base a la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito. Al tratar las circunstancias del delito, determina los elementos que se deben tomar en

³¹ CÓDIGO PENAL DE ARGENTINA. De 16 de enero de 1985, última modificación 05 de julio de 2007 [en línea] <http://www.sajj.jus.gov.ar/download/grt_codigo_penal.html> [consulta: 07 Febrero de 2008] artículo 41. Ver anexo N° 2.

³² CÓDIGO PENAL DE AUSTRIA. De 23 de enero de 1974 [en línea] <http://www.sbg.ac.at/ssk/docs/stgb/stgb_index.htm> [consulta: 07 Febrero de 2008] artículo 34. Ver anexo N° 3.

³³ CÓDIGO PENAL DE BOLIVIA. D. L. 1768. De 2 de abril de 1973 [en línea] <http://www.unifr.ch/ddp1/dere_chopenal/legislacion/bo/cp_bolivia1.pdf> [consulta: 07 Febrero de 2008] artículos 38 y 40. Ver anexo N° 4.

consideración para apreciar la personalidad del autor, entre los que se incluye “la conducta precedente y posterior del sujeto”. Agregando en un artículo distinto, una serie de atenuantes generales, que podrían subsumirse entre las circunstancias del delito señaladas precedentemente. Entre dichas atenuantes generales destacamos, por la relevancia para esta investigación, la “2ª cuando se ha distinguido en la vida anterior por un comportamiento particularmente meritorio”.

e.- Código Penal de Ecuador³⁴: establece un sistema de *numerus apertus*, en cuanto a las circunstancias que “refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor”. Menciona, entre otras, de manera ejemplar: la “conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso”.

f.- Código Penal de Colombia³⁵: este Código distingue claramente entre circunstancias atenuantes y agravantes. Realiza una extensa enumeración de atenuantes, siendo la primera de ellas, “la carencia de antecedentes penales”. Además, permite al juez considerar cualquier otra circunstancia de análoga significación a las señaladas por el legislador. Es decir, establece un sistema de *numerus apertus*, pero restringido a aquellas circunstancias que guarden una relación de analogía con las atenuantes previstas expresamente en la ley.

³⁴ CÓDIGO PENAL DE ECUADOR. De 22 de enero 1971[en línea] <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cp.pdf> [consulta: 07 Febrero de 2008] artículo 29. Ver anexo N° 5.

³⁵ CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA. De 24 de julio de 2000 [en línea] <http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/col/sp_col-int-text-cp.pdf> [consulta: 07 Febrero de 2008] artículo 55. Ver anexo N° 6.

g.- Código Penal de Cuba³⁶: distingue entre atenuantes y agravantes, señalando entre las primeras el “haber mantenido el agente, con anterioridad a la perpetración del delito, una conducta destacada en el cumplimiento de sus deberes para con la Patria, el trabajo, la familia y la sociedad”.

h.- Código Penal de Uruguay³⁷: este Código, de estructura similar al de Chile en cuanto a circunstancias modificatorias se trata, establece “la buena conducta anterior”, entre sus atenuantes y contempla una atenuante residual que abarca cualquier otra circunstancia de igual carácter, o análoga a las establecidas expresamente por el legislador.

i.- Código Penal de Nicaragua³⁸: también se asemeja al catálogo chileno de atenuantes³⁹. En su n° 7 establece como circunstancia atenuante “la conducta anterior constantemente buena del delincuente”.

j.- Código Penal de Paraguay⁴⁰: inspirándose en la legislación alemana, este Código establece y limita la medición de la pena en base a la reprochabilidad

³⁶ CÓDIGO PENAL DE CUBA. Ley N° 62. De 23 de diciembre de 1987 [en línea] <http://www.unifr.ch/ddp1/dere_chopenal/legislacion/cu/cpcuba2.htm> [consulta: 07 Febrero de 2008] artículo 52. Ver anexo N° 7.

³⁷ CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Ley N° 9.155. De 4 de diciembre de 1933 [en línea] <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/uy/cp_uruguay1.pdf> [consulta: 07 Febrero de 2008] artículo 46. Ver anexo N° 8.

³⁸ CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA. De 16 de enero de 1974 [en línea] <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/ni/cp_nicaragua1.pdf> [consulta: 07 Febrero de 2008] artículo 29. Ver anexo N° 9.

³⁹ A las atenuantes reguladas en el Código penal español agrega, entre otras, las establecidas en el Código penal chileno.

del autor, atendiendo asimismo a los efectos de la pena en la vida futura del autor. En la determinación de la pena se sopesan las circunstancias generales a favor y en contra del autor, y particularmente una serie de circunstancias, entre las cuales se encuentra: “la vida anterior del autor y sus condiciones personales y económicas”. De lo cual se desprende que se trata de un sistema de *numerus apertus*.

k.- Código Penal de Portugal⁴¹: la determinación de la medida de la pena se hace en función de la culpabilidad del agente y de las exigencias de prevención. Establece un sistema de *numerus apertus*, sin distinción entre atenuantes y agravantes, señalando expresamente, entre otras circunstancias “A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime”⁴². El sistema de *numerus apertus* que regula, se refiere a otras circunstancias anteriores o posteriores al crimen, o contemporáneas a él, que disminuyan en forma acentuada la ilicitud del hecho, la culpabilidad del agente o la necesidad de la pena.

l.- Código Penal de Brasil⁴³: este código establece una serie de circunstancias que siempre atenúan la pena, pero constituye un sistema de *numerus apertus* respecto a las circunstancias relevantes, anteriores o

⁴⁰ CÓDIGO PENAL DE PARAGUAY. Ley N° 1.160. De 26 de noviembre de 1997 [en línea] <http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/pry/sp_pry-int-text-cp.pdf> [consulta: 07 Febrero de 2008] artículo 65. Ver anexo N° 10.

⁴¹ CÓDIGO PENAL DE PORTUGAL. [en línea] <[http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/pt/CP Portugal.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/pt/CP%20Portugal.pdf)> [consulta: 07 Febrero de 2008] artículo 71 y 72. Ver anexo N° 11.

⁴² El comportamiento anterior al hecho y posterior a este, especialmente cuando esto es destinado a reparar las consecuencias del crimen.

⁴³ CÓDIGO PENAL DE BRASIL. D. L. 2.848. De 7 de diciembre de 1940 [en línea] <http://www.oas.org/juridico/mla/pt/bra/pt_bra-int-text-cp.pdf> [consulta: 07 Febrero de 2008] artículo 66. Ver anexo N° 12.

posteriores al crimen, aunque no hayan sido previstas expresamente por ley. La irreprochable conducta anterior podría ser considerada como una circunstancia relevante dependiendo del caso y del criterio jurisprudencial.

m.- Código Penal Italiano⁴⁴: aunque no constituye una atenuante en sí misma, la conducta previa del autor del delito influye en uno de los requisitos para la procedencia de una circunstancia atenuante “El haber actuado por sugestión de la muchedumbre en un tumulto, cuando no se trata de una reunión o asamblea prohibida por la ley o por la autoridad, y el culpable no es un delincuente o contraventor habitual, o profesional o delincuente por tendencia”. Además se establece una atenuante genérica en virtud de la cual el tribunal podrá tomar en consideración cualquier otra circunstancia diversa que justifique la disminución de la pena.

n.- Código Penal de Suiza⁴⁵: a pesar de no constituir una atenuante en sí misma, es uno de los requisitos de procedencia de otra circunstancia, según la cual, se atenúa la pena en caso que ésta haya perdido, manifiestamente, su sentido en atención al tiempo transcurrido del crimen y de la buena conducta que ha mantenido el autor desde entonces.

ñ.- Código Penal de Perú⁴⁶: regula como casos de responsabilidad restringida, aquellos en que se configura una eximente incompleta y aquellos donde la edad del autor justificaría una disminución de la pena. La

⁴⁴ CÓDIGO PENAL DE ITALIA. De 19 de octubre de 1930 [en línea] <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=2205>> [consulta: 07 Febrero de 2008] artículo 62 y 62 bis. Ver anexo N° 13.

⁴⁵ CÓDIGO PENAL DE SUIZA. De 21 de diciembre de 1937 [en línea] <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/ch/ch_n311_it.pdf> [consulta: 07 Febrero de 2008] artículo 48. Ver anexo N° 14.

⁴⁶ CÓDIGO PENAL PERUANO. D.L. 635. De 08 de abril de 1991 [en línea] <http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/per/sp_per-int-text-cp.pdf> [consulta: 07 Febrero de 2008] artículos 21, 22, 46 y 47. Ver anexo N° 15.

individualización de la pena, dentro de los límites legales, se realiza atendiendo a la responsabilidad y la gravedad del hecho punible cometido, considerando especialmente una serie de circunstancias, entre las cuales se encuentran “las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente”. Por la vaguedad de los términos empleados, es discutible si abarca o no, una circunstancia relacionada con la vida previa del autor.

o.- Código Penal de Francia⁴⁷: este Código no establece un sistema de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, de modo que la pena se determina según los límites fijados por la ley, permitiéndose al tribunal regular el régimen en función de las circunstancias de la infracción y de la personalidad del autor. Debido a la amplitud de esta disposición, podría permitir la aplicación de la atenuante de irreprochable conducta anterior en virtud de dicha disposición.

2.- Algunos Códigos en que no se contempla la posibilidad de atenuar la pena en consideración a la conducta previa del autor del delito

⁴⁷ CÓDIGO PENAL DE FRANCIA. De 1 de marzo de 1994 [en línea] <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/fr/CPfrancia_texto.pdf> [consulta: 07 Febrero de 2008] artículo 132-24. Ver anexo N° 16.

a.- Código Penal de España⁴⁸: mantiene la atenuante de “cualquier otra circunstancia de análoga significación a las anteriores expresadas por el legislador”. Mientras que una atenuante basada en la conducta previa del autor del delito sólo se contempló en el Código Penal español de 1828, como se analizó al principio de esta investigación⁴⁹.

b.- Código Penal de México⁵⁰: la determinación de la pena se establece dentro de los límites fijados por la ley, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente (referido particularmente a las costumbres de pueblos indígenas). No distingue circunstancias atenuantes de agravantes.

Del estudio comparado de los diferentes sistemas reguladores de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, podemos concluir que existe una gran variedad de formas para establecer dichas circunstancias. En algunas legislaciones se tratan de manera conjunta atenuantes y agravantes (Alemania, Argentina, Paraguay, Portugal, México y Perú), mientras que en otras se regulan de manera separada (Brasil, España, Austria, Colombia, Cuba, Ecuador, Italia, Uruguay, Nicaragua y Suiza). Bolivia y Francia, representan casos excepcionales, en cuanto el primero regula en un artículo, conjuntamente, circunstancias atenuantes y agravantes, para posteriormente establecer una serie de atenuantes de manera separada, en tanto que el

⁴⁸ CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA. De 5 de diciembre de 2007 [en línea] <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/es/01_diciembre_2007/CP_vigent_05_12_2007.pdf> [consulta: 07 Febrero de 2008] artículo 21. Ver anexo N° 17.

⁴⁹ Consultar página 13.

⁵⁰ CÓDIGO PENAL FEDERAL DE MÉXICO. De 17 de septiembre de 1931 [en línea] <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s>> [consulta: 07 Febrero de 2008] artículos 51 y 52. Ver anexo N° 18.

Código penal francés no establece un catálogo de atenuantes generales (comunes a todos los delitos), determinándose la pena según las circunstancias de la infracción y la personalidad del autor, dentro del marco establecido por la ley, dejando un amplio margen al arbitrio judicial.

Entre los Códigos que contemplan una atenuante basada en la conducta previa del autor del delito, también existen diferentes maneras de formular la atenuante. La generalidad de los términos empleados en los Códigos de Alemania, Argentina, Paraguay, Portugal y en parte Bolivia, se explica en que dichas disposiciones abarcan tanto la posibilidad de atenuar como agravar la pena en relación a los antecedentes de conducta del autor del delito. Mientras que en aquellas legislaciones que distinguen entre circunstancias atenuantes y agravantes, la atenuante se formula ya sea en términos objetivos, como en Colombia (“carencia de antecedentes penales”); como en términos que exigen más allá de la inexistencia de antecedentes penales, según lo cual podemos generar la siguiente escala de exigibilidad para la procedencia de la atenuante:

1º Cuba: “haber mantenido el agente, con anterioridad a la perpetración del delito, una conducta destacada en el cumplimiento de sus deberes para con la Patria, el trabajo, la familia y la sociedad”. También Bolivia, en relación a la atenuante nº 2 del artículo 40: “cuando se ha distinguido en la vida anterior por un comportamiento particularmente meritorio”.

2º Nicaragua: “la conducta anterior constantemente buena del delincuente”.

3º Uruguay: “la buena conducta anterior”.

4º Chile: “si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable”.

5º Colombia: “la carencia de antecedentes penales”.

6º* Ecuador: “conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso”.

70* Austria: “si el delincuente... 2. Hasta el momento ha mantenido una conducta ordenada y su comportamiento ha llamado la atención de forma contradictoria a sus actos”.

Para efectos de realizar esta clasificación hemos considerado que el concepto de “buena conducta anterior” que utilizan los Códigos de Nicaragua y Uruguay es más exigente que el de “conducta anterior irreprochable”, empleado por el Código chileno, ya que mientras este último se satisface con una conducta exenta de reproche, es decir, sin tacha (que podríamos llamar neutra en el sentido de no exigir comportamiento meritorio), el primero en cambio, implica una conducta no sólo neutra, sino positiva.

Esta opinión difiere de aquella que tradicionalmente sostiene la jurisprudencia nacional, en el sentido de que según ésta “la buena conducta no basta para atenuar la responsabilidad de acuerdo con el N° 6 del artículo 11, porque la ley exige que sea irreprochable, lo que supone un comportamiento exento de toda censura y de toda trasgresión a la ley”⁵¹.

En este punto es importante observar los beneficios del término “irreprochable” por sobre la expresión “buena”, ya que este último es un concepto más ambiguo y subjetivo que el primero.

⁵¹ REPERTORIO de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Penal y Leyes Complementarias. 2ª Edición. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1995. Página 35 [en línea] <<http://books.google.cl/books?id=cafKGHUDqHUC&pg=PA36&lpg=PA35&dq=irreprochable+conducta+anterior&sig=D3Dyam1kAK4dn7EjnREbNUA9gSE>> [citado 13. 05. 2008]; Consultar página 102 en relación al análisis de la jurisprudencia referida al tema.

* La singular formulación de estas atenuantes (referida a su subjetividad) genera que puedan clasificarse tanto en un nivel de exigencia más alto que el de la inexistencia de condenas previas, como en uno más bajo, por lo que podríamos concluir que son inclasificables en este esquema.

En cuanto a la “carencia de antecedentes penales” exigida por el Código colombiano, podemos advertir que se trata de una atenuante de carácter objetivo, que impide al tribunal analizar otro tipo de antecedentes que puedan resultar ilustrativos sobre las necesidades de resocialización del sujeto (o su nivel de peligrosidad, según el fundamento que se pretenda dar a la atenuante)⁵². En consideración a la interpretación de la atenuante adoptada en esta investigación (consultar página 84) debemos concluir que la opción colombiana resulta menos exigente que la chilena.

Respecto al factor peligrosidad (tan subjetivo como el de la “buena conducta”) empleado por el Código Penal de Ecuador, podemos observar que no exige una conducta irreprochable o buena, menos aún meritoria, incluso podría aplicarse la atenuante en caso de existir reproches penales previos, siempre que el tribunal considere que el individuo no resulta actualmente peligroso, razones por las cuales sería menos exigente que la atenuante colombiana, aunque cabe señalar que al tratarse una atenuante basada en elementos subjetivos, podría rechazarse su aplicación a pesar de la inexistencia de condenas previas (desde este punto de vista la formulación ecuatoriana de la atenuante sería inclasificable).

En relación a la atenuante austriaca, ésta solo exige un comportamiento previo ordenado, respecto al cual, el delito se manifieste como una contradicción notable a la actitud habitual de un sujeto. La formulación empleada en la redacción de esta norma determina su profunda ambigüedad, producto de la cual es posible admitir la procedencia de la atenuante sin mayores requisitos o rechazarla aún en caso de no existir antecedentes penales previos en caso de que en opinión del tribunal el comportamiento del sujeto no

⁵² Se analizará en profundidad este punto a propósito del estudio del Anteproyecto de Código Penal Chileno, consultar página 132.

se ajuste a las normas de orden generalmente aceptadas. Para este análisis resulta fundamental la determinación previa de las normas de orden cuyo respeto se espera, cuestión similar a la debatida en nuestro país al discutir si la irreprochabilidad de la conducta se refiere estrictamente al reproche penal o si abarca al plano ético con trascendencia en lo social⁵³.

Podemos concluir que el fundamento de las diversas formulaciones expuestas es variado; aquellas que exigen un comportamiento especialmente destacado (1º lugar) conceden la atenuante a modo de privilegio, en retribución por una conducta meritoria. En otros casos, la atenuante en cuestión, se presenta como una manifestación del principio de resocialización⁵⁴, disminuyendo la pena en los casos que ésta generaría un efecto desocializador mayor al necesario según las exigencias de prevención general y especial⁵⁵. Finalmente, en otras legislaciones se hace expresa referencia a la disminución de la punibilidad sobre la base de la menor peligrosidad del delincuente (Ecuador y Argentina), argumento que será objeto de crítica en el siguiente capítulo.

También resulta relevante que en la generalidad de los casos (salvo en Chile), los Códigos que contemplan una atenuante basada en la conducta del sujeto anterior al delito, la complementan (ya sea en el mismo numeral o como una circunstancia diferente) con circunstancias referidas a otras condiciones personales y económicas del sujeto, en aplicación del principio de igualdad y por tratarse de situaciones que disminuyen la reprochabilidad de la conducta.

⁵³ Consultar página 84.

⁵⁴ Este y otros principios limitadores del ius puniendi estatal serán tratados al final de este capítulo.

⁵⁵ Los códigos penales de Portugal y México hacen expresa referencia a la necesidad de prevención.

C. FUNDAMENTO Y FINES DE LA PENA EN UN DERECHO PENAL DE
GARANTÍAS.

Para analizar el fundamento y finalidad de una circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal, es necesario estudiar previamente los fines de la pena; por ende, comenzaremos por revisar su concepto.

1.- La Pena

La noción de pena que maneja cada autor, varía según la teoría de la pena a la cual adscriba.

Es así como en La Enciclopedia, Diderot y D'Alembert definen pena como: un "mal con que el soberano amenaza a los súbditos que intenten violar las leyes y que de hecho les infringe en su justa proporción cuando las violan, al margen de la reparación del daño, atendido a algún bien futuro y en último término a la seguridad y la tranquilidad de la sociedad"⁵⁶.

Para Jakobs, la pena es una reacción llevada a cabo a expensas del autor por el quebrantamiento de la norma, con el fin de ejercitar a la población en la confianza en el Derecho⁵⁷.

Estas definiciones no sólo describen los efectos de la pena⁵⁸, sino que además contienen elementos que las dotan de finalidad, vinculándolas

⁵⁶ DIDEROT, Denis - D'ALEMBERT, Jean Le Rond. "La Enciclopedia (Artículos Políticos)". Madrid. España. Editorial Tecnos. 1986. Página 132 a 133.

⁵⁷ JAKOBS, Günter. "Derecho Penal. Parte General". Madrid. España. Ediciones Jurídicas S.A. 1995. Pág. 3 y ss.

⁵⁸ Algunas definiciones que podríamos catalogar como descriptivas son las siguientes: según Liszt, "la pena es, según el Derecho vigente, el mal que el juez penal inflige al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor". LISZT, Franz Von. "Tratado de Derecho Penal". Publicado por el Tribunal de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial. 2003. Tomo III. Página 197; También LISZT, Franz Von. "Tratado de Derecho Penal". Publicado por el Tribunal de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de

claramente a diversas teorías de la pena, la primera a una concepción retribucionista (que prima por sobre la referencia a “algún bien futuro”), mientras que la segunda se relaciona a la teoría de la prevención general positiva.

Para los efectos de esta investigación necesitamos un concepto de pena que se vincule a finalidades preventivas, debido a lo cual, podemos (reestructurando varias definiciones conocidas sobre el tema) definir la pena como una sanción que se establece como consecuencia jurídica a la comisión de un comportamiento tipificado como delito, a fin de evitar tales conductas en el futuro.

La necesidad de una definición tendiente a la prevención se basa en la exigencia de racionalidad (de fines) y por ende de prospectividad (orientado hacia el futuro, hacia la prevención de futuros delitos) que caracteriza a los conceptos actuales de la pena, las razones de dichas exigencias se explican a continuación.

2.- Necesidad de Legitimación Racional de la Pena⁵⁹

Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial. 2003. Tomo I. Página 20; según Lesch la pena es la ordenación querida de un mal como reacción a la lesión de una regla jurídica, debe imponerse mediante un procedimiento público - general debido a su naturaleza estatal. LESCH, Heiko. “La Función de la Pena”. Editorial Dykinson. Madrid. España. 1999. Pág. 3 a 4; para Santiago Mir Puig la pena, en el Derecho positivo, “es un mal que se impone en cuanto tal mal como respuesta a la comisión de un delito”. MIR PUIG, Santiago. “Introducción a las Bases del Derecho Penal: concepto y método”. Buenos Aires. Argentina. Editorial B de F. 2003. Página 79; Según Luzón Peña “la pena es la consecuencia jurídica, la sanción tradicional del delito, que consiste en una privación o restricción de derechos, de bienes jurídicos, aplicada obligatoriamente y, si es preciso, coercitivamente al delincuente, es decir, un mal que se le impone”. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. cit. Página 54.

⁵⁹ BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. Curso de Derecho Penal. Parte General I. Apuntes de clases. 2002. En cuanto a la legitimación de la pena y teoría de la pena.

La necesidad de fundamentar la legitimación de la pena deviene, no sólo de las exigencias propias de un Estado social y democrático de Derecho, sino también del déficit analítico existente entre la norma penal originaria y la pena. Si la infracción a la norma originaria es un mal, la pena no lo repara restableciendo las cosas al estado anterior o impidiendo ese mal, sólo irroga uno nuevo, de modo que es necesaria una fundamentación más profunda sobre su existencia.

La pena, claramente es necesaria desde el punto de vista práctico para el aseguramiento del Estado y su autoconstatación general. Pero la extensión del poder punitivo del Estado es tan amplia y la consecuente afectación de derechos para el individuo es tan intensa, que es imprescindible la constante revisión crítica de esta actividad y proyectar su reducción al mínimo⁶⁰. Habiéndose superado la etapa en que se consideraba la pena como una institución evidente, surgió la necesidad de explicar mediante razones su existencia, dando inicio de esta forma a las que hoy conocemos como las teorías de la pena⁶¹.

3.- Legitimación Prospectiva y Retrospectiva

Actualmente, la búsqueda de legitimidad es prospectiva y retrospectiva. La primera es una justificación de la acción orientada hacia el futuro, como lo es la

⁶⁰ BUSTOS RAMÍREZ. “Lecciones de Derecho Penal”. Op. Cit. Pág. 12.

⁶¹ Son autores modernos, como Hobbes y Liszt, los primeros en exigir una Racionalidad de Fines para la legitimación de Pena.

racionalidad conforme a fines (siendo de este tipo las teorías de los fines de la pena prevencionistas). A esta legitimación prospectiva se suma la necesidad de una consideración retrospectiva, como lo sería la exigencia de culpabilidad (en su sentido de imputación), ya que omitir tal aspecto podría justificar el castigo a un inocente si con ello se obtiene un gran beneficio⁶².

Habiendo alcanzado la convicción de la necesidad de una legitimación racional y prospectiva de la pena, es el momento de analizar las teorías de los fines de la pena a la luz de lo anteriormente expuesto, y determinar así cuales son las finalidades que le corresponden y si la circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal aquí estudiada se vincula a tales fines y de qué modo.

4.- Teorías de los Fines de la Pena

La tendencia mayoritaria en la doctrina se inclina por considerar que la función del Derecho Penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos y, por ende, el desarrollo de la libre personalidad y el mantenimiento del orden social, pero esto sólo nos sirve para determinar las conductas punibles y no la forma en que debería surtir efecto la pena para desempeñar la función antes mencionada. Para lograr este objetivo se utilizan las teorías sobre el Fin de la Pena⁶³.

⁶² A estas necesidades de legitimación podemos agregar aquellas denominadas “positiva” y “negativa” (que por no relacionarse directamente con el tema de esta investigación, no serán abordadas con más detalle), mediante la primera se legitima el ejercicio de la actividad punitiva del estado en sus tres fases (conminación, imposición y ejecución de la pena) mientras que a través de la segunda se restringe el ejercicio de dicha facultad aplicando los principios limitadores del ius puniendi estatal.

⁶³ ROXIN, Claus. “Derecho Penal. Parte General”. Op cit. Pág. 76.

En términos muy generales las tres teorías rivales en la fundamentación de la pena son: la Retribución, la Prevención General y la Prevención Especial.

a.- Teoría de la Retribución:

La Retribución justifica la pena como una reacción a un delito cometido, sin tomar en cuenta consideraciones de racionalidad de fines. “Responde a la arraigada tradición de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido”⁶⁴.

Es posible encontrar fundamentos de este tipo en La Ética a Nicómaco: la justicia punitiva es parte de la justicia correctiva, mediante la cual se restablece la relación de igualdad rota por el delito⁶⁵. Pero este razonamiento no considera que, a través del sufrimiento infringido al delincuente, no se genera un restablecimiento de las posibilidades de libre desarrollo de la personalidad de la víctima.

Durante el siglo XII, este argumento aparece como juridificación del sacramento de la penitencia, pero gracias a Kant y Hegel (siglo XIX) se logra generar una teoría con mayor fundamentación ética y jurídica, aunque limitada a la legitimidad retrospectiva de la pena.

Argumento de Kant: la pena “no puede servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo, sea para la sociedad civil,

⁶⁴ MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal. Parte General”. 5ª Edición. Barcelona. España. Editorial Reppertor. 1998. Página 46.

⁶⁵ ARISTÓTELES. “Ética a Nicómaco”. Madrid. España. Centro de Estudios Constitucionales. 1985. Páginas 75 a 76.

sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido”⁶⁶. “La ley se presenta como un imperativo categórico, es decir, como una exigencia incondicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria como la protección de la sociedad u otras”⁶⁷.

Argumento de Hegel: “el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la voluntad general, representada por el orden jurídico, que resulta negada por la voluntad especial del delincuente... la pena se concibe sólo como una reacción (negación de la negación) que mira al pasado (al delito y al restablecimiento del orden jurídico) y no como instrumento de fines utilitarios posteriores”⁶⁸. La comprensión de la pena exige superar el “nivel empírico” por el cual se entiende: alguien sufrió un mal, entonces es justo infringirle un mal al infractor. En un plano abstracto, el delito debe entenderse como una acción con el sentido de negar el orden o configuración de sentido que es el Derecho. Se requerirá el restablecimiento del orden de la libertad cuyo sentido sea negar el delito. Mediante la pena se supera la contradicción. La acción delictiva se mueve en un plano y la acción punitiva supera ese plano.

Las teorías retribucionistas no cuestionan la legitimidad de la fase de conminación de la pena, sólo se enfocan en la justificación de su imposición. Se basan en que no es posible aceptar la afectación de derechos fundamentales del ciudadano como un medio para el logro de un fin como beneficio colectivo, ya que de lo contrario se vulnera el Principio de la Dignidad Humana (gran problema de las teorías prevencionistas).

⁶⁶ KANT, Emanuel. “La Metafísica de las Costumbres”. Madrid. España. Editorial Tecnos. 1989. Página 166.

⁶⁷ MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal. Parte General”. Op cit. Páginas 46 y 47.

⁶⁸ Ibid.

Ventajas de la teoría Retribucionista:

- La idea de que la comisión culpable del delito es una condición necesaria para la imposición de una pena. Por lo tanto no puede haber pena si no hay un hecho atribuible a un individuo (Principio de Culpabilidad).

- La culpabilidad sirve de criterio de determinación de la pena, al menos retrospectivamente. Establece una prohibición de exceso, no más pena que la proporcional al delito (Principio de Proporcionalidad).

- No utiliza al individuo en beneficio de la mayoría.

Desventajas:

- No responde la pregunta sobre la necesidad de la pena, la presupone. Se satisface argumentando que se busca la realización absoluta de la justicia.

- La gran crítica a la teoría retribucionista consiste en que no existen suficientes argumentos para afirmar que se puede compensar un mal irrogando otro.

b.- Teorías Prevencionistas:

1) Prevención General Negativa (de Intimidación):

Considera que la influencia de la pena debe actuar en general sobre la comunidad, mediante la intimidación. Según Feuerbach “todas las

contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho”⁶⁹.

La conminación de la pena tendría por objetivo la intimidación de todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas. Mientras que la aplicación de la pena daría fundamento efectivo a la conminación legal. Su premisa es que el establecimiento de una norma punitiva (fase de conminación) es un acto de comunicación, cuyo efecto perlocucionario (lo que se espera producir en el oyente) es un comportamiento. Pero para la credibilidad de la amenaza, ésta debe demostrarse a través de la irrogación del mal con que se conmina.

Se trata de una legitimación estratégica, la imposición y la ejecución de la pena se justifican en función de la mantención de la credibilidad de la estrategia comunicativa conminatoria.

Ventajas:

- Para la eficiencia de la amenaza es imperativo que la pena sea precisa, ya que sólo de esta manera podrá influir al destinatario del mensaje comunicativo.

⁶⁹ FEUERBACH, Paul Anselm. “Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania”. Buenos Aires. Argentina. Editorial Hammurabi S.R.L. 1989. Página 60 y 61.

- Esta teoría se encuentra íntimamente ligada al Principio de Legalidad, ya que el acto de conminación no existe sin norma punitiva, no supone a la pena como una cuestión obvia.

- Trata al destinatario del mensaje comunicacional como un agente con capacidad de racionalidad estratégica, el cual recibe consideraciones emanadas del legislador

Desventajas:

- No logra explicar por qué se requeriría la culpabilidad del sujeto, ya que el objetivo “defender la credibilidad de la amenaza” podría verse satisfecho incluso castigando a inocentes.

- No establece criterios limitativos a la pena, lo que podría justificar un incremento desproporcionado de ellas, cada vez que exista temor a determinadas conductas. Esto resulta criticable, ya que no considera la otra variable de la prevención, es decir, la probabilidad de irrogación del mal (de mayor trascendencia que el ilimitado aumento de las penas). De hecho, una teoría que pretende disminuir la criminalidad mediante el simple aumento de las penas, sin hacer más eficaz el actuar de las policías, sólo logra reafirmar la ineficacia previa del sistema. Pero en el fondo esta crítica se deriva del problema esencial que arrastra la pena, ya que ésta surge cuando han fracasado todos los controles sociales y por lo mismo es reflejo de la incapacidad de la sociedad para el desarrollo armónico y libre entre las personas que la componen.

2) Prevención General Positiva (de Integración):

Para esta teoría el efecto intimidatorio de la pena no es el más importante para el logro del fin preventivo. Los efectos comunicativos de mayor relevancia serían:

- “Efecto de Aprendizaje: ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal.
- Efecto de Confianza: surge cuando el ciudadano ve que la norma se aplica.
- Efecto de Pacificación: se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción. Mayormente se alude a este efecto al hablar de Prevención Integradora”⁷⁰.

Según Hassemer, “norma penal, sanción penal y proceso penal inciden también en los procesos personales y sociales de enculturación y de socialización”⁷¹.

Ventajas:

- puede fundamentar la pena aún en los casos en que no exista peligro de repetición del delito.
- frente a la prevención especial, presenta la ventaja de sustituir pronósticos de peligrosidad vagos por descripciones claras del hecho.

Desventajas:

- no proporciona ninguna limitación para la duración de la pena.
- se considera atentatoria contra la dignidad humana, ya que se sacrifica al autor del delito en beneficio exclusivo de la comunidad.

⁷⁰ ROXIN, Claus. “Derecho Penal. Parte General”. Op. Cit. Pág. 91 a 92.

⁷¹ HASSEMER, Winfried. “Fundamentos del Derecho Penal”. Barcelona. España. Editorial Bosch. 1984. Página 54.

Es una teoría de la imposición de la pena que considera los efectos de la imposición no en el potencial delincuente, sino en la comunidad toda, incorporando un mensaje que enseña cual es la configuración del mundo, confirma que dicha configuración es relevante para organizar sus vidas y estabiliza las inquietudes. Pretende una adhesión del ciudadano a las normas que organizan su vida y la creación de una actitud interna permanente de fidelidad al Derecho (conciencia social de la norma).

3) Prevención Especial:

Surge gracias al discurso de las ciencias sociales en el siglo XIX, como reacción a la práctica retribucionista del idealismo alemán, orientando el sentido de la actividad punitiva estatal en la fase de ejecución de la pena. La misión de la pena consistiría en hacer desistir al autor de futuros delitos.

Su máximo representante es Franz Von Liszt, para quien la pena, como amenaza, tendría un efecto de prevención general, mientras que su ejecución, además tendría como efectos la satisfacción de no dejar impune el ataque antijurídico (lo que podría entenderse como un efecto retributivo) y particularmente prevención especial⁷².

Del efecto de Prevención Especial, desarrolla un programa de ejecución de la pena basado en la obtención de fines relativos al condenado, diferenciándose estas orientaciones según sus características personales:

⁷² LISZT, Franz Von. "Tratado de Derecho Penal". Op Cit. Tomo I. Página 5 a 7.

- Corrección (resocialización)⁷³: se somete al condenado a un proceso de formación, desarrollo y consolidación de actitudes de internalización de las normas de la comunidad. La misión de la pena en este caso sería “hacer otra vez del delincuente un miembro útil para la sociedad (adaptación artificial)... influyendo sobre el carácter del autor para transformarlo”.

- Intimidación: si no se puede internalizar la adhesión a la cultura de la comunidad se intimida al menos al delincuente ocasional. “Fortificando las representaciones debilitadas que refrenan los malos instintos”.

- Neutralización⁷⁴: inocualización del delincuente que no puede resocializarse o intimidarse, así al menos se protege a la sociedad. “Suprimir, perpetua o temporalmente, al criminal que ha llegado a ser inútil a la comunidad, la posibilidad física de cometer nuevos crímenes, separándolo de la sociedad (selección artificial)”.

Es así como, el efecto preventivo perseguido determinará la naturaleza y la extensión de la pena.

Ventajas:

- es la única teoría que aporta orientaciones para la etapa de ejecución de la pena. La pena privativa de libertad pretende que el sujeto sea capaz de llevar una vida sin delitos en el futuro y logre integrarse a la sociedad una vez cumplida su condena.

⁷³ Parte de la doctrina le llama Prevención Especial Positiva. FERIA H., Jessica. GUILLEN DE R., Jacqueline y MARTINEZ DE CARRASQUERO, Cynthia. “La Prevención Especial en las cárceles venezolanas. CC”. [en línea]. Junio 2007. vol. 35, no.2 [citado 09 Septiembre de 2008], p.197-213. Disponible en World Wide Web: <http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-95982007006000003&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0798-9598.

⁷⁴ Se le denomina Prevención Especial Negativa por parte de la doctrina. Ibid.

Desventajas:

- no es capaz de proporcionar un baremo para la pena, ya que la necesidad de resocialización en un caso determinado podría incluso determinar una pena de duración indefinida.

- relacionado con lo anterior, no se requeriría la comisión de un delito, lo importante sería la peligrosidad, incluso podría justificar “someter a tratamiento penal a enemigos políticos” como advierte Roxin.

- considera al condenado como un objeto inadecuado para la vida en sociedad, no acepta la posibilidad de que el delincuente sea un disidente moral⁷⁵.

- el ciudadano no puede saber con anticipación cuales son los costos de su decisión, es decir, genera incertidumbre jurídica.

- esta teoría no entrega respuestas en los casos en que los autores no requieren resocialización o aquellos en que no existe peligro de repetición, como los cometidos en campos de concentración.

- requiere mayor fundamentación la pretensión de reeducar a personas adultas contra su voluntad.

- difícilmente se internalizarán las normas de la comunidad en el aislamiento de la vida carcelaria. Este hecho ha servido de fundamento a las teorías críticas de la pena privativa de libertad, surgiendo medidas sustitutivas de la misma que tienen como base un criterio de justicia distributiva.

El problema de todas las teorías preventivas es que no son capaces de explicar desde sus propios fundamentos teóricos la necesidad de legitimación retrospectiva, siendo innegable que la pena es una reacción comunicativa a un comportamiento humano previo.

⁷⁵ Reconocer el disenso no implica tolerarlo, de ahí que se sancione, pero debe reconocerse, o de lo contrario dejaríamos de considerar al delincuente como un ser humano con dignidad y derechos.

Debido a la importancia de esta teoría para el desarrollo de esta investigación, se tratará dicha relación entre los planteamientos personales, al finalizar esta sección.

c.- Teoría Unificadora Dialéctica:

El autor de esta teoría es el catedrático alemán Claus Roxin, para quien es imprescindible la finalidad preventiva de la pena y renuncia a toda consideración retributiva; “sólo se justifican las normas penales cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio”⁷⁶.

Por ende, tanto los fines de Prevención Especial como los de Prevención General son fines de la Pena y sirven para evitar una conducta en particular. De este modo, cuando una pena no se justifique según Prevención Especial, debido por ejemplo, a la imposibilidad de repetición del delito, de todas formas podría justificarse si así lo requiere la Prevención General.

Para Roxin la posibilidad de conflicto entre estos tipos de prevención sólo podría ocurrir en cuanto a la determinación de la pena, caso en el cual ofrece la siguiente solución: “es necesario sopesar los fines de Prevención Especial y General y ponerlos en un orden de prelación. En ello tiene preferencia la Prevención Especial hasta cierto grado... la pena no puede ser reducida hasta el punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad”⁷⁷. A este límite inferior del marco penal le llama “mínimo preventivo general”.

⁷⁶ ROXIN, Claus. “Derecho Penal. Parte General”. Op. Cit. Página 95.

⁷⁷ ROXIN, Claus. “Derecho Penal. Parte General”. Op. Cit. Página 97.

A pesar de la renuncia a toda consideración retributiva, Roxin rescata un elemento de esta teoría: el Principio de Culpabilidad como medio de limitación de la intervención. Es decir, “la pena no puede rebasar en su duración la medida de la culpabilidad, aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una detención más prolongada”.

Como conclusión, es posible atribuir una finalidad a cada etapa de la actividad punitiva estatal, de la siguiente manera:

- Fase de Conminación: su fin es pura prevención general.
- Fase de Imposición de la Pena: toma en consideración necesidades preventivo especiales y generales.
- Fase de Ejecución de la Pena: prima la prevención especial, aunque la prevención general también debe considerarse.

A lo que se debe agregar la función limitadora de la Culpabilidad:

- sin culpabilidad no hay pena legítima
- más allá de la Culpabilidad por el hecho no puede imponerse pena.

En términos del propio autor, la teoría unificadora dialéctica define la misión del Derecho Penal como "protección subsidiaria de bienes jurídicos y prestaciones de servicios estatales mediante prevención general y especial que salvaguarde la personalidad en el marco trazado por la medida de la culpabilidad individual"⁷⁸.

⁷⁸ ROXIN, Claus. “Sentido y Límites de la Pena Estatal”. En: del mismo, “Problemas Básicos del Derecho Penal”. Madrid. España. Editorial Reus S.A. 1976. Pág. 33.

Desventajas:

- es contradictorio que una teoría como esta, basada en legitimidad prospectiva, se limite por consideraciones fundadas en legitimidad retrospectiva, como la culpabilidad⁷⁹.

d.- Planteamiento Personal:

A pesar de que el Código penal chileno no hace referencia expresa a las finalidades que inspiran la pena, necesitamos aplicar los conceptos alcanzados por la doctrina en torno a esta materia a fin de dotar de fundamento y legitimidad al ejercicio del ius puniendi estatal.

Entre las diferentes teorías de la pena existentes, aquella propuesta por Claus Roxin resulta ser la que mejor responde a las exigencias prácticas del sistema penal y a los principios básicos de un Estado social y democrático de derecho.

Podemos aplicar la teoría unificadora dialéctica al ordenamiento jurídico-penal nacional y reconocer claramente que los límites de la pena establecidos por nuestro Código coinciden con los propugnados por Roxin; por una parte el límite máximo de las penas se encuentra limitado por la culpabilidad y el mínimo se establece luego de valorar y sopesar necesidades de prevención general y especial (lo cual se plasma en el límite inferior del marco penal y en la existencia de ciertas atenuantes de la responsabilidad penal)

En relación a la atenuante de irreprochable conducta anterior, al admitirla como un índice de menor necesidad de resocialización⁸⁰, se justifica la

⁷⁹ Respecto a este punto Jakobs propone un concepto preventivo de culpabilidad.

atenuación de la pena en base a exigencias derivadas de la prevención especial.

En un sentido similar, Enrique Cury considera que la pena es un recurso desocializador per se (debido a lo cual es necesario concluir que la socialización no constituye un fin de la sanción penal, sino más bien un límite a su aplicación). Esta misión negativa de la función de socialización indica lo que la pena no debe ser y las fronteras que no le es legítimo sobrepasar ni siquiera con el pretexto de que lo exige la prevención general. Dicha función limitadora se expresaría exigiendo prescindir de la pena siempre que sea posible y requiriendo que en los casos de ser indispensable, su forma y ejecución intenten causar los menores perjuicios al afectado desde el punto de vista de la socialización⁸¹.

Gracias a estos planteamientos podemos concebir la atenuante de irreprochable conducta anterior como una consecuencia de la función limitadora de la prevención especial, vinculada a la menor necesidad de obtener una socialización adecuada.

En cuanto a la teoría del mínimo preventivo general, planteada por Roxin, ésta aborda la antinomia entre prevención general y especial al momento de la determinación de la pena, lo cual resulta relevante para nuestro estudio ya que nos aportará luces sobre el origen de los principales problemas que se tratarán en esta memoria, siendo estos:

⁸⁰ Consultar página 76.

⁸¹ CURY, Enrique. “La Prevención Especial como límite de la pena”. En ADPCP. Tomo XXXXI. Fascículo III. 1988. Página 696. Enrique Cury, plantea acertadamente que el término resocialización presupone una socialización adecuada preexistente, lo cual no se correspondería con la realidad.

1) En la Fase de Conminación (Fase Legislativa): El problema del fundamento de la formulación de la atenuante.

La actual formulación de la atenuante indica que ésta abarca tanto el aspecto jurídico penal como el ético con trascendencia social, cuestión que se verá en detalle en el siguiente capítulo, pero desde ya podemos adelantar un argumento a favor de dicha postura y en contra de aquella que restringe el análisis a la conducta jurídico penal del sujeto.

Aplicando la teoría del mínimo preventivo general de Roxin, podemos advertir que el legislador ha considerado la irreprochable conducta anterior como atenuante debido a exigencias de prevención especial, pero con una limitación proveniente de la prevención general, cual es la amplitud de los términos utilizados en la disposición, lo que indica una extensión del ámbito a analizar que se prolonga más allá del estrictamente penal (de lo contrario el legislador habría determinado otra formulación de la atenuante, como por ejemplo: la inexistencia de condenas previas o la ausencia de reproche penal previo al delito).

La amplitud de los términos utilizados por el legislador y la consecuente extensión del ámbito a analizar son manifestaciones de prevención general ya que pretenden conservar la seriedad de la sanción penal y respetar la sensibilidad jurídica general.

Este tema se relaciona a su vez con las posibles modificaciones a la formulación de la atenuante, cuestión que será tratada en el último capítulo de esta investigación.

2) En la Fase de Imposición de la pena (Fase de Adjudicación): El problema de la interpretación más acertada de la disposición en cuestión.

En el Capítulo III de este trabajo se abordarán las tendencias jurisprudenciales referidas a la atenuante de irreprochable conducta. Por ahora sólo mencionaremos aquellas que suscitan mayor conflicto (respecto del cual podemos aplicar la teoría del mínimo preventivo general): la interpretación tradicional, basada en la doctrina mayoritaria, según la cual el alcance de la atenuante se extiende al ámbito ético con significación social, y la interpretación extensiva, que da lugar a la atenuante bastando para ello la inexistencia de condenas previas, a pesar de la presencia de otros antecedentes que puedan hacer cuestionable su aplicación, basándose para ello en el Principio de Presunción de Inocencia.

Ante dichas interpretaciones podemos observar cierta vinculación entre la primera (interpretación tradicional) y la teoría del mínimo preventivo general.

Respecto a este punto resulta relevante lo expuesto por Diego Luzón Peña, en su trabajo sobre las antinomias del derecho penal, ya que ahí se refiere específicamente a la finalidad de la pena en su fase de imposición. Haciendo eco de la teoría del mínimo preventivo general de Roxin, señala que en la etapa de medición de la pena se deben satisfacer las necesidades derivadas de la prevención especial hasta donde sea totalmente incompatible con la prevención general⁸², ya que “en caso de contradicción total, si el fin resocializador o, más ampliamente, de prevención fracasa o la ejecución no tiene sentido porque el

⁸² LUZÓN PEÑA, Diego. “Antinomias Penales y Medición de la Pena”. En: Revista Doctrina Penal. Buenos Aires. Argentina. Ediciones Depalma. 1978. Página 594. Luzón Peña cita en igual sentido a Mir Puig, “Pero sólo en los casos de contradicción evidente de los intereses de prevención general debería sacrificarse la prevención especial”.

sujeto no (o ya no) la necesita, esto ciertamente creará conflictos: pero únicamente respecto de una sola persona delincuente, no respecto de muchos potenciales delincuentes que podrían pasar a serlo efectivamente⁸³.

Frente a esta postura debemos mencionar el peligro que algunos autores ven en la consideración de elementos como la alarma social o la influencia mediática de un caso para efectos de determinar la pena aplicable por el tribunal⁸⁴.

Esta inquietud puede ser superada estableciendo que el tribunal no deberá influenciarse por dichos factores al momento de determinar la aplicación del mínimo preventivo general, sino que deberá atender a la conciencia jurídica general de la sociedad en que se desempeña, independientemente de lo que la opinión pública pueda reclamar ante un caso concreto, así evitará el peligro de tratamiento arbitrario.

En resumen, podemos:

- fundar la existencia de la atenuante de irreprochable conducta anterior en exigencias preventivo especiales;
- utilizar la teoría del mínimo preventivo general de Roxin para reafirmar la formulación actual de la atenuante; y
- concluir que en la fase de imposición de la pena es necesario establecer ciertos límites a la aplicación del mínimo preventivo general por parte del tribunal, a fin de evitar arbitrariedades.

⁸³ LUZÓN PEÑA, Diego. “Antinomias Penales y Medición de la Pena”. Op. cit. Página 624.

⁸⁴ GARCÍA ARÁN. “La Prevención general en la determinación de la pena”. En: ADPCP, Tomo XXXIV, fascículo II – III, 1981, página 513. Citado por: RUDNICK VIZCARRA, Carolina. “La compensación racional de circunstancias modificatorias”. 2ª Edición. Santiago. Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Página 197 a 204.

D. PRINCIPIOS LIMITADORES DEL IUS PUNIENDI ESTATAL.

Habiendo concluido que la finalidad de la pena no puede ser otra que la prevención del delito, ahora corresponde analizar la fundamentación política del ius puniendi estatal⁸⁵. Es decir, corresponde responder a la pregunta ¿Por qué es el Estado quien ostenta el ius puniendi? Lo que equivale a tratar el tema de la legitimación negativa de la intervención estatal en materia punitiva (como se había mencionado en el apartado anterior).

El análisis de algunos de los límites del ius puniendi estatal resulta imprescindible para lograr un estudio completo del fundamento de la atenuante de irreprochable conducta anterior del delincuente. Los principios de inocencia, necesidad de la pena e intervención mínima, son esgrimidos para argumentar las distintas posturas que caben frente al tema de la extensión de la atenuante, por lo que su estudio aportará luces sobre el fondo del problema.

Tal como lo señala Santiago Mir Puig, hoy es ampliamente aceptado que el ius puniendi estatal se funda en la “concepción política de un Estado Social y Democrático de Derecho”. Este autor distingue tres elementos en esta fórmula, atribuyendo a cada uno, la generación de distintos límites al ius puniendi estatal:

“El Estado de Derecho: impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del

⁸⁵ MIR PUIG, Santiago. “Introducción a las Bases del Derecho Penal: concepto y método”. Op. cit. Página 98. Mir Puig plantea que el fundamento funcional del ius puniendi estatal está dado por la necesidad de protección de la sociedad. Esta sería la respuesta a la pregunta ¿Por qué se puede castigar o imponer medidas de seguridad? Dicha protección de la sociedad se alcanzaría mediante la prevención de los delitos, y para alcanzar a su vez la prevención, son necesarias la pena y las medidas de seguridad.

principio de legalidad. La idea del Estado social: sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de necesidad social de la intervención penal. La concepción de Estado Democrático: obliga en lo posible a poner el Derecho Penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación ciudadana”⁸⁶.

Mayoritariamente la doctrina considera entre los límites al ius puniendi estatal a los siguientes:

- Principio de legalidad (sería un límite formal)
- Principio de culpabilidad
- Principio de proporcionalidad
- Principio de Igualdad ante la ley.
- Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.
- Principio de non bis in idem (administrativo)
- Principio del Hecho
- Principio de Intervención Mínima, Subsidiaria y Fragmentaria.
- Principio de Humanidad.
- Principio de Presunción de Inocencia
- Principio de Necesidad y utilidad de la intervención penal
- La orientación de las penas privativas de libertad a la resocialización del autor.

Debido a su la relevancia para esta investigación, sólo abordaré los seis últimos.

⁸⁶ MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal. Parte General”. Op cit. Página 74.

1.- Principio del Hecho

Según este principio, el Estado sólo puede incriminar penalmente comportamientos exteriorizados susceptibles de percepción sensorial⁸⁷.

De este límite al ius puniendi emanan dos consecuencias:

a.- Con el pensamiento no se delinque.

b.- La personalidad del autor no puede ser considerada como presupuesto del delito o de las circunstancias que comportan una agravación de la pena. Lo cual no impide “que las características personales del autor puedan ser tomadas en cuenta (por evidentes razones de prevención especial) en el momento judicial de la individualización de la pena”⁸⁸.

En este sentido, Luzón Peña señala que la consideración de la personalidad del autor, a la hora de determinar la pena, es el resultado de la aplicación de principios de prevención especial. A lo que agrega: “Si el límite máximo de la punición lo marca la gravedad del hecho, aunque luego operen las circunstancias personales del sujeto y su comportamiento ante y postdelictivo para cuantificar, hacia arriba o hacia abajo, la punición o para sustituirla, estamos ante manifestaciones residuales de Derecho Penal de Autor, pero siempre dentro de un Derecho Penal de Hecho como garantía de libertad y seguridad jurídica del ciudadano frente a posibles excesos, y que por ello no son censurables, sino plausibles por permitir un trato mucho más individualizado de cada delincuente”⁸⁹.

⁸⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomás. “Derecho Penal. Parte General”. 4ª Edición. Valencia. España. Editorial Tirant lo Blanch. 1996. Página 315.

⁸⁸ ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. “Fundamentos de Derecho Penal: Parte General”. Valencia. España. Editorial Tirant lo Blanch. 1993. Página 278 a 279.

⁸⁹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. cit. Página 61.

2.- Principio de Intervención Mínima del Derecho Penal

En virtud de este principio, el Derecho Penal es la ultima ratio del ordenamiento jurídico, en cuanto se debe recurrir a él sólo si no “existe posibilidad de garantizar una tutela suficiente con otros instrumentos jurídicos no penales”⁹⁰ (carácter de Subsidiariedad del Derecho Penal). De este principio se deriva también, que el “Derecho Penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes”⁹¹ (carácter Fragmentario del Derecho Penal).

A consecuencia del carácter subsidiario del Derecho Penal “la política penal (prevención del delito a través de la pena) debe ocupar el último lugar en los planes de política criminal (prevención del delito en general) del Estado”⁹².

El fundamento político de este principio se relaciona con la teoría del pacto social, en virtud del cual los hombres sólo renuncian a una parte de su libertad, la porción más pequeña posible, la indispensable, para constituir un depósito público que garantice la tranquilidad. Todo castigo que exceda tal delegación, es un abuso. Toda pena que sobrepase la necesidad de mantener el estado de sociedad, es injusta y contraria al contrato social⁹³.

⁹⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Curso de Derecho Penal. Parte General”. Barcelona. España. Editorial Cedecs S.L. 1997. Página 56.

⁹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Derecho Penal. Parte General”. Valencia. España. Editorial Tirant lo Blanch. 1998. Página 79.

⁹² ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. Op. cit. Página 238.

⁹³ GARCIA-PABLOS, Antonio. “Derecho Penal. Introducción”. Madrid. España. Servicio Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense. 2000. Página 273.

El principio de intervención mínima se deriva finalmente de una consideración utilitarista; el Derecho Penal no es un medio totalmente eficaz en la lucha contra el delito, a mayor abundamiento: “el derecho penal interviene tarde en el conflicto social (no cuando éste se produce, sino cuando y donde se manifiesta) e interviene mal (no instrumenta una respuesta etiológica, adecuada a las causas del problema, sino sintomatológica, acorde a sus signos externos)”⁹⁴. A esta mala y tardía respuesta, cabe agregar entre los defectos de la pena, la consecuente estigmatización del delincuente y el efecto criminógeno que genera la pena privativa de libertad.

Cobo del Rosal⁹⁵ realiza una interesante distinción entre el principio de intervención mínima como mensaje dirigido al legislador y como mensaje dirigido al adjudicador. En el primer caso, el principio se materializa en los mencionados aspectos subsidiario y fragmentario del Derecho Penal, señalando respecto a este último que “Para que la protección penal de un bien o interés pueda estimarse adecuada, el bien o interés de que se trate ha de ser digno de protección, susceptible de protección y, finalmente, ha de hallarse necesitado de protección”⁹⁶. Mientras que, “en el plano aplicativo, la exigencia de necesidad se concretará, normalmente, en el marco de las facultades discrecionales que la ley concede al Juez para individualizar la penalidad. Así la ausencia de necesidad de castigar, o de castigar tan gravemente en el caso particular, podrá provocar la sustitución de la pena por otra más leve o por medidas de otra índole, o la entrada en juego de institutos cual la suspensión de

⁹⁴ GARCIA-PABLOS, Antonio. Op. Cit. Página 274.

⁹⁵ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomás. Op. cit. Página 77 a 81. Según Cobo del Rosal, del principio de proporcionalidad de la pena, se derivan una serie de exigencias dirigidas tanto al legislador como al adjudicador, entre ellas se encuentra la necesidad de tutela del bien jurídico en cuestión, y dicha necesidad de tutela se traduciría en el principio de intervención mínima.

⁹⁶ Ibid.

la ejecución de las penas privativas de libertad, en la medida en que la ley lo permita”⁹⁷.

En relación a este punto, Muñoz Conde sostiene: “la idea rectora es que debe ser preferible la sanción mas leve a la más grave, si con ello se reestablece ya el orden jurídico perturbado con el delito... Las consecuencias de este principio en relación con la gravedad de las penas son: el Principio de Humanidad y el Principio de Proporcionalidad de las penas”⁹⁸.

3.- Principio de Humanidad

En virtud de este principio, la pena no debe afectar la dignidad humana. Asimismo implica una concepción del proceso penal libre de prácticas que atenten contra dicho valor supremo (abolición de la tortura). “También debieran proscribirse las penas ejemplificadoras, que responden a un proceso de individualización judicial guiado por razones preventivo generales. Dicho proceder instrumentaliza al penado, y las penas así impuestas merecen el calificativo de inhumanas y degradantes”⁹⁹. Este límite al ius puniendi no debe considerarse como una expresión de generosidad, sino como una exigencia propia de un Estado social y democrático de Derecho, respecto al cual resulta inconciliable cualquier castigo que vulnere este principio, ya que sería únicamente expresión de venganza.

Juan Bustos distingue, dentro del principio de la dignidad de la persona, dos aspectos:

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit. Página 92.

⁹⁹ GARCIA-PABLOS, Antonio. Op. cit. Página 292.

a.- El principio de la Autonomía Ética de la persona, según el cual la persona es un fin en sí y no puede ser medio para otro fin.

b.- El principio de Humanidad, referido a la incolumidad de la persona como ser social¹⁰⁰.

4.- Presunción de Inocencia

El Principio de Inocencia informa tanto al Derecho Penal Sustantivo, como al Derecho Procesal Penal y podría considerarse una manifestación del Principio de la Buena Fe, que inspira a todo nuestro ordenamiento jurídico. “Constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo”. Como límite al legislador genera la nulidad de aquellos “preceptos penales que establezcan una responsabilidad basada en hechos presuntos o en presunciones de responsabilidad”¹⁰¹.

5.- Principio de Necesidad y Utilidad de la Intervención Penal

Según Santiago Mir Puig, este principio se deriva del elemento social que implica la formula “Estado Social y Democrático de Derecho”. Consiste en el requisito de necesidad de la intervención punitiva del Estado a fin de prevenir el delito, y la consecuente exigencia de utilidad de dicha actividad punitiva en relación a la protección de la sociedad. “Cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá

¹⁰⁰ BUSTOS RAMIREZ, Juan. “Manual de Derecho Penal: Parte General”. Barcelona. España. Editorial Ariel. 1989. Página 56 a 57.

¹⁰¹ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomás. Op. cit. Página 87 y 88.

desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve¹⁰²... Como ya señalaba Beccaria, con frecuencia más importante que la gravedad del castigo es la seguridad de que se impondrá alguna pena”¹⁰³.

Tal como lo señala este autor, la necesidad de pena, se refiere a la mayor o menor necesidad de prevención (sea general o especial), consecuencia evidente de lo expuesto en la sección anterior (fines de la pena).

La aplicación de este límite al ius puniendi conlleva necesariamente a la disminución de la pena.

Al tratar este límite, Zugaldia critica la utilidad de las penas de corta duración, en las que el breve periodo de internación es insuficiente para llevar a cabo una resocialización eficaz, pero si es suficiente para producir un efecto criminógeno, criticando a la vez las condenas de muy larga duración, ya que generan un efecto estigmatizador que generalmente impide al condenado reincorporarse a la sociedad¹⁰⁴.

6.- Orientación de las penas privativas de libertad a la Resocialización¹⁰⁵

La idea de resocialización aquí expresada, no implica la sustitución de los valores y personalidad del sujeto en contra de su voluntad (es decir, no se asimila al concepto de corrección empleado al tratar la prevención especial), sino un intento de ampliar las posibilidades de participación en la vida social,

¹⁰² Como en el caso de la circunstancia atenuante de la responsabilidad penal objeto de esta investigación, según se analizará más adelante.

¹⁰³ MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal. Parte General”. Op cit. Página 89.

¹⁰⁴ ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. Op. cit. Página 242.

¹⁰⁵ En este sentido consultar página 51 y pie de página nº 81, donde se menciona la posición de Enrique Cury respecto a la teoría de la prevención especial y en especial el concepto de socialización.

una oferta de alternativas al comportamiento criminal¹⁰⁶, basándose en que difícilmente se puede lograr la anhelada resocialización en el ambiente carcelario. Silva Sánchez señala que, en su aspecto negativo, se opone a las penas desocializadoras, mientras que en lo positivo, “como garantía, debe entenderse reducida a la disposición de medios y carente de toda referencia a fin: el fin debe permanecer como una cuestión de la autonomía individual”¹⁰⁷.

¹⁰⁶ MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal. Parte General”. Op cit. Página 101. Este principio es una exigencia derivada del carácter democrático del Estado de Derecho. “La exigencia democrática de que sea posible la participación de todos los ciudadanos en la vida social conduce a reclamar que el Derecho Penal evite la marginación indebida del condenado a una pena o del sometido a una medida de seguridad...”

¹⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”. Barcelona. España. Editorial Bosch. 1992. Página 264.

CAPÍTULO II
ANÁLISIS DOCTRINARIO DE LA ATENUANTE DE IRREPROCHABLE
CONDUCTA ANTERIOR DEL DELINCUENTE

A. LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA
RESPONSABILIDAD PENAL EN GENERAL.

Nuestro Código establece un sistema de penas según el cual, dentro de un margen legal, el juez determinará la pena específica aplicable, dependiendo de si concurren o no diversas circunstancias atenuantes o agravantes, expresamente señaladas por el legislador. Éstas son las llamadas circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

Históricamente, la existencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal se contemplaba ya en el Derecho romano, pero relacionadas a los delitos en particular. Durante la edad media, en un intento por precisar la relación moral del sujeto con su hecho, pasan a integrar el derecho penal, parte general. “En la época de la recepción, de los siglos XVI a XVIII, hubo un perfeccionamiento de la doctrina de las circunstancias, ya sea como agravantes o como atenuantes...”¹⁰⁸.

En cuanto al grado de libertad con que cuenta el tribunal a fin de determinar la pena en el caso concreto, éste resulta fluctuante a través del tiempo, pasando de la rigidez absoluta a la excesiva arbitrariedad, debido a lo cual Enrique Pessina señala: “El exceso en la arbitrariedad de la pena hizo que al

¹⁰⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREE, Hernán. “Lecciones de Derecho Penal”. Op. cit. Volumen II. Página 395.

surgir la reforma penal se sintiera en todas partes la necesidad de sustraer todo lo que fuera posible la fijación del límite de la pena al arbitrio del juez... esta restricción a la arbitrariedad judicial, si bien fue una garantía desde el punto de vista de agravación, era insuficiente para la adecuación de la pena al delito en los casos de atenuación...así tuvo origen el sistema de las circunstancias atenuantes”¹⁰⁹.

1.- Definición de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal según Enrique Cury

“Conjunto de situaciones descritas por la ley, a las cuales ésta atribuye la virtualidad de concurrir a determinar la magnitud de la pena correspondiente al delito en el caso concreto, ya sea atenuándola o agravándola a partir de ciertos límites preestablecidos en forma abstracta para cada tipo”¹¹⁰.

Esta definición, meramente descriptiva, no nos aporta luces sobre el objetivo del sistema de circunstancias modificatorias o sobre algún elemento común a todas ellas, por lo que es conveniente analizar otras definiciones.

2.- Definición de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal según Juan Bustos

“Elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito, que influyen en la determinación de la pena”¹¹¹. “Las circunstancias

¹⁰⁹ PESSINA, Enrique. “Elementos de Derecho Penal”. 4ª Edición. Madrid. España. Editorial Reus. 1936. Página 542 y 543.

¹¹⁰ CURY, Enrique. Op. cit. Página 99.

¹¹¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREE, Hernán. “Lecciones de Derecho Penal”. Volumen II. Op. cit. Página 396. La mención de elementos accidentales innominados se refiere a las

tienen, pues, por objeto una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen e, igualmente, están en relación al sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales”.

Este planteamiento, resulta incompleto incluso para el Derecho español, ya que existen circunstancias que no inciden en el injusto ni en su imputación personal, como las atenuantes de confesión y reparación del daño¹¹²; a lo que se agrega, en el caso de nuestro Código, la atenuante de irreprochable conducta anterior.

3.- Definición de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal según Eduardo Novoa

Son “factores que modifican en un caso particular la gravedad de la lesión jurídica propia del hecho delictuoso, o afectan la intensidad de la culpabilidad del agente que en él interviene, o influyen en el poder de evitarlo, o disminuyen o acentúan la peligrosidad social del delincuente”¹¹³.

Esta definición, abarca los distintos fundamentos que pueden sostener a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, debido a lo cual es la definición a la que adhiero para los fines de esta investigación, ya que sin duda

circunstancias que no estando expresamente establecidas por el legislador español, tienen una relación de analogía con las señaladas en el artículo 9 del Código Penal Español.

¹¹² MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal. Parte General”. Op. cit. Página 629; en contra: BACIGALUPO, Enrique. “Derecho Penal. Parte General”. 2ª Edición. Buenos Aires. Argentina. 1999. Página 598 y 599.

¹¹³ NOVOA MONREAL, Eduardo. Op. cit. Página 11.

estos elementos accidentales al delito son herramientas indispensables para conseguir una mejor individualización de la pena, además de contribuir a la evolución de la teoría del delito y de la concepción garantista del derecho penal. En este sentido, conviene tener presente las palabras de Juan Bustos, quien señala que gracias a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal “Se deja de contemplar al sujeto como un puro ser abstracto, producto de alguna idea filosófica, teológica o ideológica, y se le considera como un ser social, como un ente concreto, no como pura idea. Un tal planteamiento tenía necesariamente que ser profundizado a medida que el Estado se profundizaba democráticamente como Estado de Derecho, debiendo considerar las circunstancias concretas en que actúa cada sujeto. De otro modo, el principio de igualdad pasa a ser una pura ficción”¹¹⁴.

Es importante destacar que la tesis de Eduardo Novoa contiene una referencia a la peligrosidad del delincuente que será analizada al tratar las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal en general.

¹¹⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREE, Hernán. “Lecciones de Derecho Penal”. Volumen II. Op. cit. Página 396.

B. LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN GENERAL.

Según Cuello Calón “las causas atenuantes son personales y consisten en estados o situaciones que disminuyen la inteligencia o la voluntad del agente determinándole más fácilmente al delito, o en hechos que manifiestan una menor perversidad del delincuente”¹¹⁵.

Labatut las define como “aquellas disposiciones peculiares del sujeto, anteriores, inmediatas o coetáneas al delito, que disminuyen su responsabilidad, sea porque denotan menor peligrosidad (y con ello una mayor posibilidad de readaptación social) sea porque manifiestan que no ha obrado con plena advertencia o claridad de juicio. Son, por tanto, de carácter eminentemente subjetivo, lo cual significa que, más que al hecho mismo, obedecen en su función atenuante a las condiciones personales del delincuente”¹¹⁶.

Pese a las anteriores definiciones, aún hay quienes sostienen que las circunstancias atenuantes se fundan únicamente en el principio de culpabilidad, en este sentido Bacigalupo clasifica las circunstancias atenuantes del siguiente modo:

- circunstancias que reducen la culpabilidad del hecho, y

¹¹⁵ CUELLO CALÓN, Eugenio. “Derecho Penal. Parte General”. 15ª Edición. Barcelona. España. Editorial Bosch. 1967. Tomo I. Página 528.

¹¹⁶ LABATUT, Gustavo. “Derecho Penal. Parte General”. 6ª Edición. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1990. Volumen I. Página 326.

- circunstancias que compensan la culpabilidad por el hecho (abarca aquellas relacionadas a la conducta del sujeto con posterioridad al delito)¹¹⁷.

Según Eduardo Novoa el catálogo de atenuantes sigue un criterio estrictamente pragmático, por lo que de existir una estructura sistemática, ésta se basaría en el vago criterio de causar “una menor alarma o inquietud social por el delito cometido en tales circunstancias, o para expresarlo con un lenguaje cronológicamente posterior a la factura del código, el de una menor peligrosidad”¹¹⁸.

Como es posible apreciar, diversos autores¹¹⁹, a partir del siglo XX, influidos por el pensamiento positivo, expresado en el proyecto de código penal italiano de 1921, tratan las circunstancias como índices de una mayor o menor peligrosidad del autor del delito, llegando incluso a sostener que la peligrosidad es el fundamento de la pena y que el delito simplemente da la ocasión de aplicarla¹²⁰. Según esta teoría la sanción se determina en consideración a la

¹¹⁷ BACIGALUPO, Enrique. Op. cit. Página 598 y 599.

¹¹⁸ NOVOA MONREAL, Eduardo. Op. cit. Página 14.

¹¹⁹ LABATUT, Gustavo. Op. cit. Página 326. Señala ser partidario de “reemplazar la casuística de los códigos clásicos por fórmulas amplias, comprensivas de los diversos factores capaces de influenciar la personalidad del individuo, en el sentido de hacerlo más o menos peligroso”; NUÑEZ, Ricardo C. “Derecho Penal argentino”. Buenos Aires. Argentina. Bibliográfica Omeba. 1959-1960. Tomo I. Página 457. Refiriéndose al código penal argentino, señala: “el código ha puesto como base subjetiva de la medida de la pena la mayor o menor peligrosidad del delincuente”.

¹²⁰ SOLER, Sebastián. “Derecho Penal argentino”. 3ª Edición. Buenos Aires. Argentina. Tipografía Editora Argentina. 1963. Página 480. Sebastián Soler explica esta teoría manifestando sus oposición a ella; también SOLER, Sebastián “Exposición y Crítica de la Teoría del estado peligroso” [En línea] Página 12 <<http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/04/00431-exposicion-y-critica-de-la-teoria-del-estado-peligroso-sebastian-soler.html>> [consulta: 21 de Abril de 2008] La teoría sintomática, precursora de la teoría de la peligrosidad, considera al delito como el síntoma de una personalidad antisocial

persona que comete el delito y no en relación al hecho punible mismo, adecuando la pena al caso concreto¹²¹.

Según el autor argentino, Ricardo Núñez, “la mayor o menor peligrosidad, en el sentido de mayor o menor capacidad delictiva, se define... como la mayor o menor probabilidad de que el individuo vuelva a delinquir”¹²².

Mientras que Sebastián Soler señala: “en general, se llama peligrosidad a la probabilidad de que un sujeto cometa un delito”¹²³.

Claramente, fundar la pena o su agravación según el criterio de la peligrosidad del delincuente, resulta inadmisibles, ya que implica legitimar el derecho penal de autor y vulnerar los principios de legalidad, culpabilidad y del hecho¹²⁴.

Pero aún cabe preguntarse si es posible utilizar dicho criterio únicamente a fin de justificar la disminución de la pena, como lo hacen Labatut y Novoa.

Al revisar la legislación comparada, advertimos que el Derecho penal alemán, basa la pena en los principios de culpabilidad y prevención especial, lo cual queda de manifiesto al señalar que: “deben considerarse las

¹²¹ GONZÁLEZ PARADA, Gustavo y GONZÁLEZ, Gastón. “Las Circunstancias Atenuantes y Agravantes”. Concepción. Chile. Editorial Samver. [19--] Páginas 96 a 100.

¹²² NUÑEZ, Ricardo. Op. cit. Página 458.

¹²³ SOLER, Sebastián. Op. cit. Página 479.

¹²⁴ A pesar que se ha alcanzado consenso respecto a ello, aún subsisten algunos vestigios del derecho penal de autor. La agravante de reincidencia es un claro ejemplo.

consecuencias que son de esperar de la pena en la vida futura del autor en la sociedad”¹²⁵.

“La vida futura del autor en la sociedad” hace referencia a la comisión futura de delitos¹²⁶. Ésta es una formulación similar al concepto de peligrosidad antes señalado, pero desde el enfoque de la prevención especial como finalidad de la pena e inspirado claramente en el principio de resocialización, ya que pretende evitar, dentro de lo posible, el efecto criminógeno del ambiente carcelario y la estigmatización y consecuente marginación de quien habiendo cumplido su condena recupera su libertad. Esto marca una diferencia con la perspectiva de la teoría de la peligrosidad, la cual centra el análisis en el nivel de riesgo que representa un individuo para la sociedad.

Finalmente, a pesar de que el criterio de la peligrosidad, como fundamento de la disminución de la pena, no es incompatible con los criterios básicos que sostiene actualmente la teoría de los fines de la pena, debe preferirse la interpretación que mejor responda a estos fines y a los principios limitadores del ius puniendi estatal. En base a lo cual es posible concluir que las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal tienen por objetivo realizar una correcta individualización de la pena en consideración a los principios de Culpabilidad, Igualdad (ya que se consideran las circunstancias concretas en que actuó el autor del delito) y Resocialización¹²⁷.

¹²⁵ Consultar anexo N° 1.

¹²⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. “Tratado de Derecho Penal. Parte General”. 5ª edición. Granada. España. Editorial Comares. 2002. Página 946.

¹²⁷ Según algunos autores resulta imposible “orientar un determinado tiempo de pena (duración, medida) según puntos de vista de la prevención (cualquiera que sea su procedencia). Pues a este respecto no existen criterios ni siquiera en cierta medida verificables”. Así lo señala Eckhard Horn, En: STRATENWERTH, Günter. “¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena? Bogotá. Colombia. Departamento de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia. 1996. Página 33.

C. FUNDAMENTO DE LA ATENUANTE DE IRREPROCHABLE CONDUCTA ANTERIOR DEL DELINCUENTE SEGÚN LA DOCTRINA

Teniendo presente lo señalado en relación a los fines de la pena y la fundamentación de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, es momento de analizar la atenuante objeto de esta investigación: La irreprochable conducta anterior del delincuente. Para ello es necesario previamente revisar lo que ha señalado la doctrina al respecto.

1.- Enrique Cury: considera que la atenuante se basa en “un indicio de exigibilidad disminuida: como la ejecución del hecho punible no puede reconducirse fácilmente a una personalidad que hasta entonces ha permanecido fiel a los dictados del derecho y ético-sociales, cabe sospechar que no es un producto enteramente libre de ella, sino el de una situación anómala que la perturbó”¹²⁸. El fundamento de la atenuación estaría dado por una presunción de menoscabo en la capacidad para autodeterminarse del sujeto, originada en la concurrencia de circunstancias extraordinarias. Hace suyo el planteamiento de Maurach, aceptando que la atenuante se basaría también “en puntos de vista prácticos sobre la sensibilidad del sujeto a los efectos de la sanción que procuran abrir el paso a una determinación más equitativa de ésta”¹²⁹.

Enrique Cury se demuestra partidario de la existencia de la atenuante, señalando que su ausencia se dejaría sentir en forma lamentable.

¹²⁸ CURY, Enrique. Op. cit. Página 119.

¹²⁹ CURY, Enrique. Op. cit. Página 120.

2.- Alfredo Etcheberry: sin referirse a los principios que sustentan a la atenuante, se demuestra partidario de su existencia y señala que presenta dos aspectos, el primero negativo: no haber sido condenado con anterioridad y uno positivo que se extiende al campo de la moral y las buenas costumbres, en un sentido social. “La ley no puede inmiscuirse en la moralidad privada de los ciudadanos, mientras ella no repercuta en su actuación social: su comportamiento con su familia, con sus vecinos, con las personas en cuyo contacto trabaja, con la autoridad pública, etc. Otra clase de reproches éticos no pueden tomarse en cuenta”¹³⁰.

3.- Eduardo Novoa: considera que mediante esta atenuante “se abre paso, en cierta medida, la consideración de la personalidad del sujeto en nuestra ley positiva, conforme a criterios propugnados por penalistas modernos”. Critica el valor de la atenuante señalando que “a un individuo que en todo momento ha podido observar una conducta intachable en lo cual habrán influido, de seguro, circunstancias muy favorables de ambiente y de cultura se le puede exigir, con mayor vigor, si cabe, que se mantenga en el mismo plano y que no decida entrar en el campo de la trasgresión jurídica”¹³¹. Comparte la crítica de Alejandro Fuensalida, en orden a discutir su valor como atenuante, debido a que la conducta anterior del delincuente no afecta ningún elemento de la responsabilidad penal.

Agrega que se trata de “una circunstancia que el legislador estableció como premio al que tenía un mérito efectivo que exhibir”, de lo cual se desprende que, en su opinión, la atenuante se basaría en un privilegio o gracia, sin adjudicarla a la aplicación de algún principio específico de política criminal.

¹³⁰ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. cit. Página 24.

¹³¹ NOVOA MONREAL, Eduardo. Op cit. Página 32 y 33; Consultar páginas 73 y 74.

4.- Gustavo Labatut: “revela la atenuante la actitud del sujeto frente a la sociedad y se funda, lo mismo que las que siguen a continuación, en la menor peligrosidad del delincuente...”¹³².

5.- Mario Garrido Montt: apoya la existencia de la atenuante, basándose en que “un comportamiento anterior sin infracciones a la normativa jurídico-penal evidencia un permanente acatamiento al ordenamiento jurídico que corresponde valorar, lo que permite que al regular la pena, se considere su posible morigeración. Este criterio se explica, además, debido a que normalmente el primer comportamiento rebelde al derecho es menos reprochable, y en tal caso la necesidad de la pena disminuye”¹³³.

6.- Gustavo González y Gastón González: sostienen que el fundamento de la atenuante es el “principio de humanidad, ya que se toma en consideración la conducta que el agente del delito ha observado antes de la comisión de éste”¹³⁴. Además considera que la irreprochable conducta anterior constituye un indicio de menor peligrosidad que justifica aminorar la pena correspondiente al delito.

7.- Varela del Solar: intenta conciliar las teorías de Enrique Cury y Eduardo Novoa, brindando una doble fundamentación a la atenuante. Por una parte, la postura de Cury sería la razón endógena o interna, ya que se refiere a la afectación de la libertad volitiva con que actúa el autor del delito; mientras que la postura de Novoa otorga una razón exógena o externa, basándose en la

¹³² LABATUT, Gustavo. Op. cit. Página 334.

¹³³ GARRIDO MONTT, Mario. “Derecho Penal. Parte General”. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2003. Tomo I. Página 191.

¹³⁴ GONZÁLEZ PARADA, Gustavo y GONZÁLEZ, Gastón. Op. cit. Página 173 y 179.

importancia que otorga Novoa a elementos como el ambiente en que vive el individuo y su nivel cultural¹³⁵.

8.- Quintano Ripollés: señala que la incorporación de esta atenuante por nuestro Código es de escasa relevancia¹³⁶; indica además que no es posible subsumirla como circunstancia análoga a las señaladas por el artículo 9 número 10 del Código Penal Español, “la buena conducta y ausencia de antecedentes penales, así como la no peligrosidad del sujeto, ha sido repetidas veces rechazada”¹³⁷.

9.- Jean Pierre Matus: describe que la recurrente aplicación que hacen de ella los tribunales tiene por objetivo “mitigar las a veces excesivas penas que se prodigan en algunos títulos del Código y en algunas leyes especiales... En tanto tales condiciones se mantengan, no parece del todo censurable una concesión al humanitarismo, si con ello se posibilita una adecuada aplicación de las penas”¹³⁸.

10.- Vivian Bullemor: al igual que Enrique Cury, considera que la atenuante se basa en un indicio de exigibilidad disminuida. Plantea que la irreprochable conducta anterior sólo puede referirse al acatamiento de las normas penales, es decir, la atenuante debe aplicarse “siempre que al momento de dictarse

¹³⁵ VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis. “De la Irreprochable Conducta Anterior”. 2ª Edición. Santiago. Chile. Editorial Jurídica Conosur. 1994. Página 95 a 100.

¹³⁶ QUINTANO RIPOLLES, Antonio. “La influencia del Derecho Penal español en las legislaciones hispanoamericanas”. Madrid. España. Cultura Hispánica. 1953. Página 109.

¹³⁷ QUINTANO RIPOLLES, Antonio. “Comentarios al Código Penal”. Madrid. España. Editorial Revista de Derecho Privado. 1946. Página 204.

¹³⁸ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal”. En: POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. “Texto y Comentario del Código Penal Chileno”. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2002. Tomo I. Página 177.

condena el sujeto no haya sido condenado con anterioridad por un crimen, simple delito o falta”. Lo contrario, según su postura, implicaría una “intervención en las opciones morales internas y personales de los sujetos”¹³⁹.

11.- Elena Camarena de Jiles: “la conducta anterior irreprochable, supone, según el léxico, que no se pueda reconvenir o reprobar a alguien por su conducta...”¹⁴⁰.

12.- Ricardo Núñez: en relación a la circunstancia señalada en el Código penal argentino, basada en la conducta y costumbre del condenado, señala que éstas “son significativas para indagar la mayor o menor peligrosidad, porque el comportamiento y los hábitos personales, familiares y sociales de las personas representan las guías más seguras para interpretar su manera de ser fisiopsíquica, vale decir, su carácter”¹⁴¹.

13.- Planteamiento Personal: la atenuante en cuestión constituye un indicio de menor necesidad de resocialización del autor del delito, basado en la presunción de que el hecho delictual constituye una conducta excepcional en la vida del sujeto, debido a que hasta ese momento ha mantenido un permanente acatamiento a la ley penal y a las expectativas ético sociales imperantes.

Este indicio de menor necesidad de resocialización justifica una disminución de la pena, debido a que se entienden alcanzados, en cierta medida, algunos fines de la misma (específicamente la corrección como finalidad preventivo

¹³⁹ BULLEMORE, Vivian. “Apuntes de Derecho Penal. Parte General II”. Santiago. Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias Penales. 2002. Páginas 132 a 134.

¹⁴⁰ CAFFARENA DE JILES, Elena. “Diccionario de Jurisprudencia Chilena”. Santiago. Chile. Editorial Jurídica. 1959. Página 78.

¹⁴¹ NUÑEZ, Ricardo. Op. cit. Página 462; Consultar anexo n° 2.

especial), haciendo innecesario aplicarla en todo su rigor. Por ende, la atenuante de irreprochable conducta anterior se funda en los siguientes principios limitadores del ius puniendi estatal: Resocialización, Necesidad de la pena y Subsidiariedad del Derecho penal, ya expuestos en el capítulo anterior; y asimismo resulta ser consecuencia necesaria de finalidades preventivo especiales de la pena.

Respecto a la fundamentación de la atenuante como indicio de exigibilidad disminuida, podemos señalar que consiste en una presunción, según la cual, la permanente fidelidad de un sujeto a los dictados del Derecho y ético sociales hace sospechar que el hecho punible no es producto de una voluntad enteramente libre.

En esta presunción el paso del hecho base al presunto no resulta tan evidente, y la justificación de la atenuante mediante el principio de culpabilidad es algo más rebuscada que la basada en los principios de resocialización, necesidad de la pena y subsidiariedad del Derecho penal. Conviene tener presente la crítica expuesta por Fuensalida, al señalar que la atenuante de irreprochable conducta anterior no responde al fundamento del sistema español de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, el cual se basaba evidentemente en el principio de culpabilidad.

D. ELEMENTOS DE LA ATENUANTE

En este punto se centra la discusión doctrinaria existente en relación a la atenuante de irreprochable conducta anterior.

1.- La conducta

Conducta, según la Real academia de la lengua española, es la “manera con que los hombres se comportan en su vida y acciones”¹⁴².

La generalidad de los términos empleados por el legislador constituye la raíz del debate sobre el ámbito de conductas relevantes para la aplicación de la atenuante.

La doctrina mayoritaria, entiende de modo casi unánime, que la conducta relevante a fin de rechazar la aplicación de la atenuante de irreprochable conducta anterior, comprende no sólo aquella que ha sido declarada judicialmente como constitutiva de delito, sino también el comportamiento ético con trascendencia en lo social¹⁴³ considerado como reprobable. Según esto, una conducta inmoral podría obstar a la aplicación de la atenuante, si afecta negativamente la sana convivencia entre los ciudadanos, quedando excluidos

¹⁴² DICCIONARIO REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 22ª Edición. [en línea] <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=conducta> [consulta: 21 Abril de 2008]

¹⁴³ CURY, Enrique. Op. cit. Página 120; ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. Páginas 23 y 24; LABATUT, Gustavo. Op. cit. Página 335; VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis. Op. cit. Páginas 87 a 90; NOVOA MONREAL, Eduardo. Op. cit. Página 31. Para Novoa el sentido de la expresión conducta se extiende también a la moral individual, considerando que el concubinato, las relaciones adúlteras o la costumbre de embriagarse obstan a la aplicación de esta atenuante, lo cual es el resultado del escaso valor que otorga a la atenuante, al basarla en un simple privilegio que se concede a quien ha obrado siempre de manera irreprochable.

de este análisis todos aquellos comportamientos que pertenecen a la vida privada de los sujetos. Asimismo, según Enrique Cury, no necesariamente obstan a la aplicación de la atenuante, las faltas, los delitos culposos, ciertos atentados contra la moralidad sexual y algunos delitos políticos puros, entre otros¹⁴⁴. Este planteamiento, sigue la tendencia de realizar el análisis de la atenuante considerando las circunstancias personales del autor del delito.

Entre los factores personales que deben tomarse en cuenta al apreciar la procedencia de la atenuante, Labatut menciona: la inteligencia, la educación, el grado de cultura y el medio ambiente, entre otros¹⁴⁵. En este sentido, Maurach señala que la conducción de vida intachable puede fundamentar incluso una responsabilidad incrementada¹⁴⁶, indicando como ejemplo que, mientras una conducción de vehículos libre de accidentes por largos años es meritoria, bajo ciertas circunstancias puede hacer aparecer a una determinada infracción al tránsito como de mayor gravedad que en el caso de un conductor menos experto.

La agravación de la responsabilidad penal fundada en el comportamiento del delincuente previo al delito, no está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico (salvo en el caso de la reincidencia), por lo que queda descartada dicha posibilidad. En cuanto al posible rechazo de la atenuante basado en características personales del delincuente (como las descritas en el ejemplo de Maurach), ello implicaría generar un requisito extra para la aplicación de la atenuante, el cual no se encuentra previsto por el legislador. Por otra parte, no

¹⁴⁴ Este planteamiento es el correcto, ya que otorga la libertad necesaria al tribunal para apreciar las circunstancias especiales que concurren en el caso concreto.

¹⁴⁵ LABATUT, Gustavo. Op. cit. Página 335.

¹⁴⁶ MAURACH, Reinhart. "Derecho Penal. Parte General". Buenos Aires. Argentina. Editorial Astrea. 1995. Volumen II. Páginas 784 y 785.

se advierte que estas características personales afecten los principios que fundan la atenuante, de modo que no se justifica considerarlas a fin de rechazar la aplicación de la atenuante, mas si deben ser tomadas en cuenta a fin de analizar la posibilidad de aplicar la atenuante como calificada¹⁴⁷.

Algunos autores¹⁴⁸, sostienen que la conducta a que el legislador se refiere es la conducta jurídicamente irreprochable, es decir, aquella que no ha sido declarada judicialmente como constitutiva de delito. Esta hipótesis se basa en que el examen del comportamiento ético social del sujeto implicaría una intromisión de la ley en sus opciones morales, lo cual sería inadmisibile.

2.- La irreprochabilidad de la conducta

Irreprochable se define como aquello “que no tiene defecto o tacha que merezca reproche”¹⁴⁹.

El análisis de lo que entiende la doctrina por irreprochabilidad de la conducta y la forma de acreditarla, será realizado distinguiendo las dos posiciones doctrinarias expuestas en el punto precedente.

¹⁴⁷ En este sentido VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis. Op cit. Página 99; en contra CURY, Enrique. Op. cit. Página 121. Señala, citando a Maurach, que “lo decisivo no es el hecho objetivo de no haber sido castigado penalmente hasta el presente, sino la perseverancia del delincuente para resistir a toda tendencia criminal”.

¹⁴⁸ BULLEMORE, Vivian. Op. cit. Páginas 133 a 134; MATUS, Jean Pierre. Op cit. Página 179. Describe (sin emitir su opinión al respecto) la evolución jurisprudencial sobre la materia, incluyendo la tendencia que, basándose en el principio de inocencia, requiere para acreditar la irreprochable conducta anterior únicamente un extracto de filiación libre de condenas; el anteproyecto de Código Penal Chileno parece adoptar esta postura al modificar la formulación de la atenuante en términos objetivos, como se verá en el último capítulo de esta memoria.

¹⁴⁹ DICCIONARIO REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Op. cit. [en línea] <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltCon_sulta?TIPO_BUS=3&LEMA=irreprochable> [consulta: 21 Abril de 2008]

a.- Posición de la doctrina mayoritaria: Tal como lo señala Enrique Cury, la irreprochabilidad, se trata de un requisito meramente negativo, “no es necesario acreditar que el sujeto ha llevado una vida virtuosa”¹⁵⁰, bastaría con probar que el individuo se abstuvo de obrar mal, lo cual implica no haber sido condenado previamente por otro delito y no merecer reproche su comportamiento ético social.

La forma en como se acreditaría esta abstención de obrar mal es discutible, según Labatut y Novoa, la ausencia de antecedentes penales no sería suficiente para acreditar la procedencia de la atenuante¹⁵¹, de modo que se requeriría agregar prueba testimonial.

b.- Posición que rechaza el examen del comportamiento ético con trascendencia social del delincuente: para acreditar la irreprochabilidad de la conducta bastaría con el extracto de filiación libre de anotaciones.

Cualquiera sea la hipótesis que se adopte, es posible formular la observación mencionada por Enrique Cury, en orden a la apreciación caso a caso de los antecedentes penales que no denoten una clara inclinación antisocial, a fin de determinar si son o no suficientemente relevantes para fundar en ellos el rechazo de la atenuante.

¹⁵⁰ CURY, Enrique. Op. cit. Página 121; ETCHEBERRY, Alfredo. Op. cit. Páginas 23 y 24. Considera este aspecto como un requisito positivo de la atenuante.

¹⁵¹ LABATUT, Gustavo. Op. cit. Página 335; NOVOA MONREAL, Eduardo. Op. cit. Página 33. Critica fuertemente la forma en que los tribunales aplican la atenuante, fundando su apreciación en la extrema generosidad con que se otorga.

3.- Planteamiento personal respecto al ámbito de conductas relevantes para la aplicación de la atenuante

Considerando que el fundamento principal de la atenuante de irreprochable conducta anterior, es la menor necesidad de resocialización del autor del delito, la apreciación de la procedencia de dicha atenuante implica un juicio sobre el nivel de desocialización del individuo que requerirá la mayor cantidad de antecedentes posibles sobre su conducta previa.

De optar por la posición de la doctrina minoritaria (expuesta en el punto anterior), impediríamos la consideración de antecedentes sumamente relevantes, restringiendo dramáticamente las atribuciones del tribunal, quien se vería obligado a obviar graves conductas del sujeto siempre que éste presente un extracto de filiación libre de anotaciones.

De este modo, la ausencia de anotaciones en el extracto de filiación haría presumir de derecho la menor necesidad de resocialización del individuo, lo que constituye una presunción cuyo hecho base es más débil que aquel que sostiene a la interpretación de la doctrina mayoritaria, ya que ésta última basa la presunción de menor necesidad de resocialización y por ende de pena, en más antecedentes que la primera (análisis del extracto de filiación y del comportamiento ético con trascendencia social previo al delito)¹⁵².

Asimismo, la posición de la doctrina minoritaria aplica extensivamente la norma en cuestión, utilizándola en más casos de los que comprendería según su sentido literal.

¹⁵² En el siguiente capítulo se analizará como esta división doctrinaria se plasma en las distintas tendencias jurisprudenciales al interpretar la atenuante en cuestión, consultar página 103 a 119.

A lo anterior debemos añadir que en consideración a los principios de inocencia y buena fe que inspiran todo nuestro ordenamiento jurídico, la irreprochable conducta anterior deberá presumirse mientras no existan “indicios fehacientes” que la cuestionen, siendo antecedentes relevantes tanto el reproche penal objetivo (sentencia condenatoria firme) como los hechos que constituyan una reprobable conducta previa de trascendencia social.

4.- Conducta Anterior

No habiendo precisado el legislador el alcance temporal de la expresión “anterior”, parte de la doctrina considera que se refiere a toda la vida previa del autor del delito¹⁵³, mientras que para otros autores debería apreciarse según las circunstancias concretas del sujeto¹⁵⁴. En este sentido, Etcheberry señala que no deberían tomarse en consideración aquellos comportamientos viciosos de la época juvenil, que han sido completamente enmendados por largos años¹⁵⁵.

Ante esta discusión también es aplicable el criterio mencionado en la página 75, en orden a la valoración caso a caso de las conductas que habiendo sido reprochables en una época, pudiesen no resultar relevantes transcurridos los años. Según este criterio, la edad del autor del delito sería un importante elemento a considerar, ya que no resulta justo dar igual valor a la irreprochable conducta anterior de un adolescente que a la de un adulto mayor¹⁵⁶.

¹⁵³ NOVOA MONREAL, Eduardo. Op. cit. Página 32.

¹⁵⁴ GARRIDO MONTT, Mario. Op. cit. Página 192; también MATUS, Jean Pierre. Op. cit. Página 178.

¹⁵⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. cit. Página 24; de la misma opinión CURY, Enrique. Op. cit. Página 121; VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis. Op. cit. Señala que no es posible rechazar la atenuante en base a delitos prescritos.

¹⁵⁶ La relevancia de esta última por sobre la primera puede fundar la aplicación calificada de la atenuante en cuestión, como se verá al finalizar el siguiente capítulo.

Especialmente interesante resultan los casos de adolescentes infractores de ley que no registran condenas anteriores debido a que el delito previo lo cometieron siendo menores de 14 años. Resulta discutible si se podría rechazar la atenuante de irreprochable conducta anterior en estos casos, ya que aunque la conducta anterior objetivamente denote un comportamiento previo reprochable de trascendencia social¹⁵⁷, su consideración en la determinación de la pena podría entenderse como una vulneración al principio de interés superior del adolescente que inspira a la Ley N° 20.084.

Otro punto relevante es advertido por Eduardo Novoa, quien señala que en el caso de los delitos reiterados, que son conocidos en un mismo juicio, la atenuante de irreprochable conducta anterior sólo procede respecto del primero de ellos, siendo la condena por el primer delito un obstáculo a la aplicación de la atenuante en el caso de los siguientes¹⁵⁸. Adherimos a dicha postura, en consideración a la interpretación de la atenuante seguida en esta investigación.

¹⁵⁷ Estos antecedentes podrían incluso valorarse mediante uno de los criterios de determinación de la pena, que establece el artículo 24 de la Ley N° 20.084, letra f) “la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social”.

¹⁵⁸ NOVOA MONREAL, Eduardo. Op. cit. Páginas 33 a 34.

CAPÍTULO III
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA ATENUANTE DE IRREPROCHABLE
CONDUCTA ANTERIOR DEL DELINCUENTE

En este capítulo analizaremos las tendencias que ha seguido la jurisprudencia al interpretar la atenuante de irreprochable conducta anterior.

La frecuente aplicación de esta circunstancia modificatoria (la más usual entre los delitos de mayor connotación social, según las estadísticas de la Fundación Paz Ciudadana¹⁵⁹) genera críticas por parte de la doctrina, orientadas a la desnaturalización de la institución¹⁶⁰. Lo cierto es que los tribunales han visto en esta atenuante una útil herramienta para escapar a la rigidez de los marcos punitivos establecidos por el legislador¹⁶¹.

En la generalidad de los casos el análisis de la procedencia de la atenuante no resulta problemático:

- si el extracto de filiación se encuentra libre de condenas se acoge generalmente la atenuante.
- si el extracto de filiación registra condenas previas, generalmente se rechaza la atenuante.

¹⁵⁹ FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA. Conferencia de prensa realizada por el gerente general de la Fundación Paz Ciudadana, Gonzalo Vargas. “Estudio empírico de penas en Chile y el efecto de la Reforma Procesal Penal”. Santiago. 5 de Julio de 2006. [en línea] <<http://www.emol.com/noticias/documentos/pps/pazciudadana.pps#13>> [citado 13. 05. 2008] Análisis del periodo 2002-2006 y sólo referido a reforma procesal penal: violación: 67%, homicidio: 54%, tráfico de drogas: 76%, abusos sexuales: 76%, robo con violencia: 81%, robo con fuerza: 48%, lesiones: 71%.

¹⁶⁰ NOVOA MONREAL, Eduardo. Op. cit. Página 33.

¹⁶¹ CURY, Enrique. Op. cit. Página 122; MATUS, Jean Pierre. Op. cit. Página 177.

Los puntos controvertidos se reflejan en aquellos fallos que escapan a los criterios afianzados por la jurisprudencia, siendo un punto especialmente interesante el de la relevancia del comportamiento ético reprobable de trascendencia social previo al delito. A continuación analizaremos cada uno de estos criterios jurisprudenciales.

A. EXISTIENDO UN EXTRACTO DE FILIACIÓN LIBRE DE CONDENAS SE CONCEDE LA ATENUANTE

Esta tendencia interpretativa es el resultado de una interesante evolución de las ideas relativas a los requisitos procesales de la atenuante.

Con anterioridad a la década del noventa, los fallos que se pronunciaban sobre la atenuante en estudio, se basaban mayoritariamente en que el concepto de “irreprochable conducta anterior” abarcaba todo el comportamiento del sujeto previo al delito, incluso en lo que concierne a su moral individual. De este modo, se alcanzó consenso en torno a que según la jurisprudencia nacional “la buena conducta no basta para atenuar la responsabilidad de acuerdo con el N° 6 del artículo 11, porque la ley exige que sea irreprochable, lo que supone un comportamiento exento de toda censura y de toda trasgresión a la ley”¹⁶².

Es así como, generalmente se entendía acreditada esta atenuante con el mérito del extracto de filiación sin antecedentes y las declaraciones de dos

¹⁶² REPERTORIO de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Penal y Leyes Complementarias. Op. cit. Página 35; Para observar el análisis de los elementos que determinaban y determinan una conducta reprochable en el ámbito ético de trascendencia social consultar páginas 100 y siguientes.

testigos de buena conducta¹⁶³. Siendo insuficiente el extracto de filiación libre de antecedentes¹⁶⁴.

Resulta criticable la contraposición plantada entre los conceptos de “buena conducta” y “conducta irreprochable”, ya que tal como se adelantó, a propósito de la comparación de la legislación extranjera, el concepto de buena conducta no debería entenderse como de menor exigencia que el de conducta irreprochable, ya que el primero implica un comportamiento positivo, superior a la irreprochabilidad, pero sin llegar al mérito, mientras que el segundo debería considerarse satisfecho ante la ausencia de reproches penales y ético-sociales (dependiendo de las opciones interpretativas que se estudiarán en este capítulo)

Cabe reiterar lo señalado en el capítulo I, respecto a que la expresión “buena conducta” es más subjetiva que “conducta irreprochable”, incluso la buena o mala conducta de un sujeto corresponde más a un juicio moral que jurídico, de modo que genera cierta disonancia con las normas de nuestro Código.

Podemos especular que mediante la distinción entre los conceptos en cuestión, se intentaba simplemente reflejar que para la procedencia de la

¹⁶³ CS. 15. 04. 1999. Delito de robo con violencia, con resultado de muerte y del delito de aborto. [en línea] <<http://www.diariooficial.cl/actualidad/relacion/jurcomentada/uahfallo2.htm>> [citado 13. 05. 2008] “...Beneficia al reo la atenuante del Art. 11 número 6, relativa a su irreprochable conducta pretérita, acreditada con su extracto de filiación y antecedentes exento de anotaciones sumado a la declaración de dos testigos de buena conducta...”; En el caso de ciudadanos extranjeros la exigencia era aún mayor, considerándose que “sus prontuarios carecen de certidumbre para presumir que ellos han mantenido un comportamiento intachable”, tal como se señala en: Corte de Arica. 3. 08. 1992. Delito de robo con homicidio [en línea] <[http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ1846&links=\[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%201992\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ1846&links=[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%201992])> [citado 13. 05. 2008]; en el mismo sentido: Corte de Santiago. 8. 03. 1995. Rol n°: 39.245-1994. GJ 297 (2005), 37.

¹⁶⁴ Corte de Santiago. 30. 08. 1984. RDJ. T. LXXXI (1984), sec. 4ª, 142; Corte de Santiago. 03. 10. 1988. RDJ. T. LXXXV, sec. 4ª, 178.

atenuante de irreprochable conducta anterior se requerían más elementos probatorios que un extracto de filiación libre de antecedentes.

Continuando la exposición sobre la evolución de las tendencias jurisprudenciales podemos observar que, excepcionalmente, los tribunales superiores declararon (durante el periodo comprendido entre década del 80 y 90) que no era necesario tal nivel de exigencia en la acreditación de la irreprochable conducta anterior. En 1986, la Corte Suprema señaló que “debe entenderse acreditada la atenuante con el extracto de filiación y antecedentes sin anotaciones penales y el testimonio singular de un deponente”¹⁶⁵, pero ya en 1984, este mismo tribunal había dado por establecida la atenuante, bastando para ello la inexistencia de anotaciones en el prontuario¹⁶⁶.

Este último es el criterio que se ha consolidado en nuestra jurisprudencia, como efecto de que actualmente sólo es relevante el comportamiento social del individuo y en ningún caso lo que éste realice en el ámbito de su vida privada.

A partir de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, la tendencia generalizada entre los tribunales del país (TG¹⁶⁷, TJOP¹⁶⁸ y Tribunales

¹⁶⁵ CS. 03. 06. 1986 RDJ. T. LXXXIII (1986), sec. 4ª, 123.

¹⁶⁶ CS. 14. 08. 1984. RDJ. T. LXXXI (1984), sec. 4ª, 101.

¹⁶⁷ Son innumerables los fallos en este sentido, por lo que sólo cito, de manera referencial: TG de Concepción. 14. 12. 2006. RIT N° 733- 2006. Delito de falso testimonio en proceso penal. [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20MP%20N%2030.pdf>> [citado 13. 05. 2008]

¹⁶⁸ Segundo TJOP de Santiago. 3. 11. 2006. Rit: 67-2006. Delito de robo con intimidación. [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20Jurisprudencia/Ministerio%20Publico%2031.pdf>> [citado 13. 05. 2008]; TJOP de La Serena. 5.04. 2007. Rit: 3-2007. Delito de estafa. [en línea] <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20Jurisprudencia/Boletín_MP_N33.pdf> [citado 13. 05. 2008]; Segundo TJOP de Santiago. RIT N°: 72-2006. 28 de noviembre de 2006. Delito de homicidio simple. [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20MP%20N%2030.pdf>> [citado 13. 05. 2008]

Superiores de Justicia¹⁶⁹) es entender acreditada la irreprochable conducta mediante el extracto de filiación libre de antecedentes. Es más, si el ministerio público no acompaña dicho documento, durante el juicio, se tiene por establecida la atenuante en favor del acusado, en virtud de la presunción de inocencia¹⁷⁰. En este sentido la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que “la atenuante de irreprochable conducta anterior ha de ser acogida con sólo mérito del extracto de filiación que no registra antecedentes, sin que sea necesario exigir al efecto prueba testifical, habida cuenta del principio de inocencia y buena fe inherente a la persona, recogido en nuestra constitución”¹⁷¹.

¹⁶⁹ Corte de Valdivia. 17. 11. 2006. Rol N° 328-2006. Delito de abuso sexual. Recurso de Apelación contra sentencia de procedimiento abreviado [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20MP%20N%2030.pdf>> [citado 13. 05. 2008]; En contra: Corte de Santiago. 21.08. 2007. Rol N° 27-2007. Delito de tráfico de estupefacientes. Recurso de Apelación contra sentencia del 20° Tribunal del Crimen de Santiago [en línea] <[http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ15428&links=\[IRREPROCH.%20CONDUCT.%20ANTERIOR.%202007\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ15428&links=[IRREPROCH.%20CONDUCT.%20ANTERIOR.%202007])> [citado 13. 05. 2008] “Doctrina: 1. El sólo hecho de que los extractos de filiación de los condenados se encuentren exentos de anotaciones pretéritas, no constituye acreditación real y fáctica suficiente de la atenuante contenida en el N° 6 del artículo 11 del Código Penal, en el sentido de haber sido irreprochable la conducta anterior de los encausados, por lo que corresponde aplicar la minorante de responsabilidad penal contenida en referido artículo, sin la calificación a que se refiere el artículo 68 bis del mismo cuerpo de leyes.” Esta interpretación es absolutamente excepcional en la jurisprudencia actual.

¹⁷⁰ TJOP de La Serena. 6.05. 2006. Rit N° 41-2006. Delito de estafa. [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20MP%20N%2027%20J%20unio%202006.pdf>> [citado 13. 05. 2008] “DUODÉCIMO: Que el tribunal estimó que favorece al imputado ... la atenuante de la irreprochable conducta anterior, estipulada en el n° 6 del artículo 11 del Código Penal, al no haberse incorporado su extracto de filiación y antecedentes, por lo que le favorece la presunción de inocencia en lo referente a su conducta pretérita”; TJOP de La Serena. 12.07. 2004. Rit N° 62-2004. Delito de robo con violencia. [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20MP%20N%2021.pdf>> [citado 13. 05. 2008] “DECIMOCUARTO: Que se tendrá por establecida en favor del acusado ..., la circunstancia atenuante de responsabilidad penal del artículo 11 n° 6 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior, pese a no haberse acompañado por el Ministerio Público ni por su defensa, el extracto de filiación y antecedentes que así lo demuestre, entendiéndose este Tribunal que no cuenta con antecedentes penales anteriores al haber sido reconocida dicha circunstancia por el propio Ministerio Público en aplicación del principio de objetividad, y por cuanto el acusado se presume inocente si no se demuestra que tiene condenas anteriores, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4° del Código Procesal Penal”.

¹⁷¹ Corte de Santiago. 3.12. 1996. Rol n°: 63.329-1996. GJ 297 (2005), 38.

1.- Casos en que se rechaza la atenuante a pesar de existir un extracto de filiación libre de antecedentes

a.- Rechazo de la atenuante fundado en la reprochable conducta ética de significación social previa al delito. Siendo éste el punto más controvertido actualmente en la jurisprudencia, será tratado en una sección aparte de este capítulo.

b.- Rechazo de la atenuante, a pesar de la inexistencia actual de prontuario, debido a que antecedentes delictuales previos han sido eliminados del extracto de filiación mediante alguno de los mecanismos que la ley establece para ello. Los argumentos esgrimidos por los tribunales para decidir en este sentido, sitúan a estos casos como ejemplos de la excepción indicada en el punto anterior, debido a lo cual, su análisis se realizará en dicha sección.

c.- Rechazo de la atenuante sobre la base de una sentencia condenatoria ejecutoriada, existente al momento de la perpetración del delito, pero que aún no aparece registrada en el extracto de filiación del sujeto¹⁷².

¹⁷² 14° JG de Santiago. 29.11. 2006. Rit N° 5.331-2006. Delito de Receptación [en línea] <http://productos.lexisnexis.cl/NXT/lexisnexis.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/DOCTRINA&vid=LNChile:79> [citado 27 de mayo de 2008] “Doctrina: ... II. No procede conceder la atenuante del artículo 11 N° 6 -irreprochable conducta anterior- aun cuando no figuren condenas en el extracto de filiación del acusado, por cuanto se ha acreditado que ya ha sido condenado por sentencia ejecutoriada, de unos cuatro meses de anterioridad... *Quinto*: Que, en cuanto a la alegación de la irreprochable conducta anterior del acusado Videla, sin perjuicio que la Defensa sostiene no haber tenido conocimiento de la condena previa a esta audiencia, lo cierto es que se ha justificado de manera suficiente que aunque el acusado no lo registra en su extracto, fue condenado por sentencia ejecutoriada de fecha 25 de julio de 2006 a una pena de presidio menor en su grado máximo, no procediendo a su respecto la atenuante alegada por la señora Defensora”.

B. SE RECHAZA LA ATENUANTE SI EL EXTRACTO DE FILIACIÓN REGISTRA CONDENAS PREVIAS AL DELITO

Evidentemente la preexistencia de condenas, registradas en el prontuario, es un claro indicio de la reprochabilidad de la conducta previa, la jurisprudencia en este sentido es abundante¹⁷³. Aplicando este criterio se concluye que “la prescripción no borra los delitos cometidos para los efectos de considerarse o no la circunstancia atenuante del nº 6 del artículo 11 del C.P.”¹⁷⁴

Asimismo, el cumplimiento de la condena, a pesar del transcurso de muchos años, no implica recuperar la irreprochable conducta anterior. En este sentido la Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado que el elemento de la “anterioridad” de la conducta, no habiendo sido limitado por el legislador, debe ser “valorado prudencialmente por el tribunal en las circunstancias concretas” asimismo indica que “teniendo en consideración que se opone a la formación de la atenuante cualquier hecho reprochable anterior al delito, cabe concluir que el transcurso del tiempo no hace desaparecer los obstáculos que obstan a la formación de esta atenuante, de manera que el que ha sido condenado con

¹⁷³ Corte de Santiago. 7. 04. 1997. Rol nº 58.082-96. GJ 297 (2005), 37 a 38. “... no corresponde considerar en beneficio del procesado la minorante de irreprochable conducta anterior, si consta que éste ha incurrido en numerosas infracciones graves a las normas del tránsito”; Cuarto TJOP de Santiago. 10. 10. 2006. Rit Nº 59-2006. Delito de robo con intimidación. [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20MP%20N%2030.pdf>> [citado 13. 05. 2008]; TJOP de La Serena. 23. 05. 2007. Rit Nº 31-2007. Delito del artículo 196 A bis de la Ley Nº 18.290. [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20Jurisprudencia/Boletín%20del%20MP%20N%2032.pdf>> [citado 13. 05. 2008]

¹⁷⁴ REPERTORIO de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Penal y Leyes Complementarias. Op. cit. Página 35; es este sentido: CS. 03. 05. 1982. [en línea] <[http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ5916&links=\[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%201982\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ5916&links=[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%201982])> [citado 27 de mayo de 2008]; 14º JG de Santiago. 14. 12. 2005. Rit Nº 1325-2005. Delito de hurto simple [en línea] <http://productos.lexisnexis.cl/NXT/lexisnexis.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/DOCTRINA&vid=LNChile:79> [citado 27 de mayo de 2008] “la prescripción de una condena anterior... no implica que renazca a favor de la imputada, su irreprochable conducta anterior”.

anterioridad no puede alegar esta circunstancia para aminorar su responsabilidad, aunque haya transcurrido el tiempo de prescripción legal, porque los reproches de la conducta tienen un sentido subjetivo que no desaparece con el transcurso del tiempo, y no habiendo establecido el legislador la prescripción de los antecedentes reprobables, no le es permitido al juez aplicar por analogía la disposición del Código Penal que permite la prescripción de la acción penal, de la pena y de ciertas circunstancias agravantes de responsabilidad¹⁷⁵. Aunque, como lo veremos entre los casos especiales, el tribunal tiene las facultades para determinar caso a caso si las condenas anteriores resultan relevantes al apreciar la procedencia de la atenuante en cuestión.

Respecto a los casos en que los antecedentes hayan sido eliminados del prontuario, mediante alguno de los mecanismos establecidos por la ley, debemos distinguir:

- dichas anotaciones fueron eliminadas con anterioridad a los hechos que actualmente se juzgan; o
- dichas anotaciones fueron eliminadas durante el actual proceso, es decir con posterioridad a los hechos que actualmente se juzgan.

En el primer caso, al momento de perpetrarse el delito no existían anotaciones prontuariales, por lo que en principio no habría obstáculo para aceptar la concurrencia de la atenuante establecida en el artículo 11 n° 6 del C.P., pero como veremos en la siguiente sección de este capítulo, la jurisprudencia mayoritaria ha señalado que aún tratándose del mecanismo de

¹⁷⁵ Corte de Concepción. 11. 09. 2006. Rol: 410-2006. Delito de robo con violencia [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20MP%20N%2029.pdf>> [citado 13. 05. 2008]; En similar sentido: TJOP de Chillán. 26.09. 2007. Rit N° 117-2007. Cuatro Delitos de robo. [en línea] <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20Jurisprudencia/Boletín_MP_N33.pdf> [citado 13. 05. 2008].

más amplios efectos (D.L. N° 409), es posible rechazar la atenuante basándose en que dichos antecedentes (eliminados del prontuario) implican un comportamiento socialmente reprobable¹⁷⁶.

En el segundo caso, el extracto de filiación registraría condenas al momento de perpetrarse el delito, por ende no es posible acoger la atenuante de irreprochable conducta anterior¹⁷⁷. Lo contrario implicaría aplicar la decisión administrativa que concede el beneficio de eliminación de antecedentes con efecto retroactivo.

1.- Casos Especiales

Podemos advertir la existencia de una tendencia jurisprudencial que concede la atenuante de irreprochable conducta anterior, a pesar que el sujeto registre condenas previas en su extracto de filiación, cuando el tribunal considera que dicha condena, en atención a las circunstancias particulares del autor del delito, no resulta relevante en su conducta pretérita. Es así como, esta tendencia acoge los argumentos de la doctrina mayoritaria en orden a analizar la procedencia de la atenuante caso a caso y considerando las circunstancias personales del autor del delito.

A continuación analizaremos algunos factores que inciden en la declaración de irrelevancia de la condena anterior y por ende eliminan los obstáculos a la concurrencia de la atenuante:

¹⁷⁶ El D.L. N° 409 y los otros mecanismos de eliminación de antecedentes serán tratados en las páginas 104 a 109.

¹⁷⁷ TJOP de San Bernardo. 10. 12. 2006. Rit: 90-2006. Cuasidelito de homicidio [en línea] <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20MP%20N%2030.pdf> [citado 27 de mayo de 2008]

a.- La condena que registra el extracto de filiación da cuenta de un delito culposo: En este caso se ha señalado que “DECIMOTERCERO: Respecto de Escobar Delgadillo los intervinientes acordaron tener por cierto que su extracto de filiación y antecedentes registra una única anotación correspondiente a una condena a dos años de reclusión menor en su grado medio, pena remitida por cuasidelito de homicidio, cuasidelito de lesiones graves y menos graves, según declaratoria de reo de 13 de agosto de 1987 y sentencia de 19 de mayo de 1989, en causa Rol 5064 del Juzgado del Crimen de Taltal. La Defensora particular sostuvo que no estando referida la anotación a un crimen o simple delito, bien podía entenderse sin mácula el pasado de su representado... DECIMOCUARTO: Esta Sala es de la opinión que al acusado Escobar Delgadillo le favorece la atenuante de irreprochable conducta anterior, ello en consideración a la naturaleza de la anotación prontuarial estimada como cierta por los intervinientes en su oportunidad... no puede dejarse de lado que la anotación está referida a un cuasidelito de homicidio y lesiones, pues siendo el acusado chofer profesional, el riesgo y las probabilidades de incurrir en negligencias como las que terminaron con el accidente de tránsito por el que se le condenó hace quince años, son lógica y estadísticamente superiores a las de otra persona. Teniendo en cuenta anteriores pronunciamientos sobre la materia, en esta oportunidad precisamos que no existiendo reproche penal relevante en la conducta pretérita del acusado, ha de entenderse que la misma ha sido irreprochable”¹⁷⁸.

¹⁷⁸ TJOP de Antofagasta. 20. 09. 2004. Rit N° 94-2004. Delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes. [en línea] <<http://jurischile.com/penal//2005/01/irreprochable-conducta-anterior-no.html>> [citado 13. 05. 2008]; CURY, Enrique. Op. cit. Página 121 y MATUS, Jean Pierre. Op. cit. Página 179 citan como ejemplo de este argumento, el fallo de fecha 10 de julio de 1992 de la Corte de San Miguel, el cual en realidad se basa en la aplicación de la prescripción a los antecedentes penales, como se verá a continuación.

b.- Habiendo transcurrido más de diez años desde que se decretó la condena que registra el extracto de filiación, basando la irrelevancia de la condena en los siguientes argumentos:

- La aplicación de la prescripción a los antecedentes penales: "De la historia fidedigna del establecimiento de la ley se desprende que el inciso primero del artículo 105 del Código Penal tuvo por objeto llenar un vacío de la legislación, pues "no aparece justo que a una persona le persigan para siempre los efectos de alguna pena quitándosele toda esperanza o estímulo para su rehabilitación"; y "que si la reincidencia de un delito no se toma en cuenta como circunstancia agravante para aumentar la pena después de transcurrido cierto tiempo, con mayor razón deben también declararse extinguidos los efectos de las condenas... una vez que el condenado por su buena conducta durante un largo espacio de tiempo se ha hecho digno de recobrar lo que perdió". Si desde la fecha de comisión del único delito por el cual aparece condenado el procesado han transcurrido más de diez años hasta la perpetración del segundo, tiempo durante el cual observó una conducta irreprochable, debe estimarse que lo beneficia la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal¹⁷⁹.

- Haberse acreditado suficientemente la corrección del accionar del individuo, a lo cual se agrega el transcurso de 30 años sin haber delinuido:

¹⁷⁹ Corte de San Miguel. 24. 09. 1993. Delito de tenencia de arma de fuego. [en línea] <[http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ2569&links=\[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%201993\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ2569&links=[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%201993])> [citado 13. 05. 2008] (*) Acordada contra la opinión del abogado integrante Sr. Guillermo Ruiz Pulido; En este mismo sentido: Corte de San Miguel. 10. 07. 1992. Delitos de giro doloso de cheques y hurto de energía eléctrica. [en línea] <[http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ1853&links=\[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%201992\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ1853&links=[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%201992])> [citado 13. 05. 2008] En este caso se tuvo en especial consideración la naturaleza cuasidelictual del delito cuya anotación constaba en el extracto de filiación del procesado; TJOP de Puente Alto. 20. 01. 2007. Rit: 83-2006. Falta de artículo 494 n° 4 del C.P. y Delito de tenencia ilegal de arma de fuego prohibida [en línea] <[http://www.defensoriapenal.cl/Documentos/jurisprudencia/2007_%202_Boletin web581.PDF](http://www.defensoriapenal.cl/Documentos/jurisprudencia/2007_%202_Boletin%20web581.PDF)> [citado 13. 05. 2008]

“Para beneficiar al imputado con la circunstancia atenuante de responsabilidad establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, es necesario acreditar que el imputado haya estado exento de reproche penal. Parte de la doctrina recogida por los tribunales de justicia sostiene que “aunque la ley no limita en el tiempo el examen de la vida del condenado, nuestra doctrina actual está conteste en la necesidad de realizar dicho examen caso a caso” donde no “puede rechazarse la atenuante por un comportamiento vicioso en época juvenil, que luego ha sido completamente enmendado por largos años”. En el presente caso, si bien el acusado ha sido condenado anteriormente, ellas datan de hace 30 años, demostrando por su vida posterior haber enmendado su accionar lo que ve reflejado en los certificados emitidos por personas que lo conocen y donde consta que el señor ... es una persona exenta de reproche. Sobre de tales argumentaciones éste Tribunal acoge la atenuante invocada por la defensa de irreprochable conducta anterior”¹⁸⁰.

- La aplicación de la prescripción a los antecedentes penales, sumado al comportamiento acorde con las expectativas sociales por largo tiempo: El tiempo transcurrido demuestra que “...la conducta del individuo ha estado ajustada a los requerimientos de la sociedad y sujeto a lo que ella espera de sus integrantes, tanto en el orden familiar como social, por lo que resulta razonable que el mismo grupo social le de oportunidades para reinsertarse a ella. En efecto, si uno de los principios básicos del sistema jurídico es la institución de la prescripción, cuya regulación se encuentra en los artículos 2492 en adelante del Código Civil, la que se aplica incluso para la acción penal y la pena, de acuerdo con los artículos 93 y siguientes del Código Penal, no

¹⁸⁰ JG de Castro. 11. 12. 2004. Rit: 389-2004. Delito de lesiones graves gravísimas [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20MP%20Nº%2021.pdf>> [citado 13. 05. 2008] sic.

resulta atendible concluir que los antecedentes penales de un individuo lo afecten de por vida...”¹⁸¹.

c. En consideración a los antecedentes particulares del caso y a pesar de la preexistencia de condenas por faltas, se ha resuelto reconocer la atenuante de irreprochable conducta anterior, cuando las anotaciones registradas, a juicio del tribunal, no son de aquellas que merecen un “reproche social intenso, recogiendo de ésta manera lo dicho por don Mario Garrido Montt, citando a Cury, textual: “Cury hace referencia a que no obstaría a una conducta irreprochable el ser lector habitual de material pornográfico o no querer a los hermanos o consumir privadamente drogas, como tampoco las condenas por delitos culposos, o por atentados sin víctima de delitos sexuales, tributarios y análogos”¹⁸².

2.- Crítica a los casos mencionados

Sin duda es necesaria la apreciación caso a caso para determinar la procedencia de esta atenuante, siendo para ello fundamental la relevancia de las pruebas rendidas ante el tribunal.

¹⁸¹ Corte de Concepción. 7. 03. 2006. Rol: 2223-2004. Delito de lesiones menos graves [en línea] <<http://jurischile.com/penal/2007/08/beneficio-por-atenuante-de.html>> [citado 13. 05. 2008]

¹⁸² Cuarto TJOP de Santiago. 28. 03. 2006. Rol: 9-2006. Delito de tráfico de estupefacientes [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/Minpu/Boletín%20Nº2026%20Marzo%2002006.pdf>> [citado 13. 05. 2008] En este caso las condenas anteriores por contrabando se consideraron como no merecedoras de un reproche social intenso, y por ende irrelevantes para la apreciación de la conducta anterior de la acusada; En similar sentido: TJOP de Puente Alto. 29. 01. 2007. Rit: 5598-2006 [en línea] <http://www.defensoriapenal.cl/Documentos/jurisprudencia/2007_%202_Boletin_web581.PDF> [citado 13. 05. 2008] A pesar que considera que para aplicar la atenuante basta con que el sujeto carezca de un reproche penal efectivo, estima que las anotaciones por faltas no son de entidad suficiente para constituir dicho reproche.

En este sentido, el tiempo transcurrido desde el cumplimiento de la primera condena es un factor importante, pero no debería utilizarse el argumento de la prescripción de los antecedentes, ya que aplicado como dogma a la atenuante invalida su objetivo. Es decir, el transcurso del tiempo no es un elemento que por si solo asegure la recuperación de la irreprochable conducta anterior.

Por tanto, debería ejercerse esta facultad de manera sumamente restringida, ya que el hecho de haber cometido un segundo delito es indicativo de que existe mayor necesidad de resocialización del sujeto.

Resulta discutible si al aprobarse la formulación objetiva de la atenuante, expresada en el Anteproyecto de Código Penal Chileno, se podrá aplicar esta facultad al apreciar su procedencia¹⁸³.

¹⁸³ Éste y otros puntos relacionados a la formulación del Anteproyecto de Código Penal, serán analizados en el siguiente capítulo.

C. REPROBABLE COMPORTAMIENTO ÉTICO CON TRASCENDENCIA EN LO SOCIAL

Tal como se señaló en la primera sección de este capítulo, con anterioridad a la década del noventa la mayoría de los fallos declaraban que la atenuante de irreprochable conducta anterior abarcaba incluso el análisis de la moral personal del individuo. Algunos motivos que fundaban el rechazo de la atenuante en aplicación de esta interpretación, eran:

1.- Conducta sexual inmoral: entre los casos más comunes se cuentan el estado de concubinato y las relaciones sexuales adúlteras. Es así como en 1921, la Corte Suprema señala ante un caso de este tipo que "... no es irreprochable la conducta de quien ha hecho vida marital con otra persona que no era su mujer legítima..."¹⁸⁴.

2.- Inmoralidad de la Ocupación: regir una casa de tolerancia¹⁸⁵.

¹⁸⁴ CS. 13. 01. 1921. G. de los T (1921), 545. "... no es irreprochable la conducta de quien ha hecho vida marital con otra persona que no era su mujer legítima..."; En este mismo sentido: Corte de Santiago. 30.09.1948. RCP. X. (1948), 195. "Considerando 10° Que no concurre a favor de los reos la circunstancia atenuante del N° 6 del artículo 11 del C.P., porque estando acreditado que tenían amores clandestinos cometiendo adulterio, no puede considerarse su conducta exenta de reproches, no obstante la prueba testimonial rendida"; CS. 25.03.1957. RDJ. T LIV (1957), sec. 4ª, 20. "Considerando 15° Que en lo que a las circunstancias atenuantes se refiere, las defensas de ambos procesados sostuvieron que milita a favor de sus defendidos la de su irreprochable conducta anterior que consideran establecida con el solo mérito de sus prontuarios de fojas 13 y 14, que no contienen anotaciones en *sus contras*, pero ellos no son bastantes en este caso para acreditarla porque ambos reos han reconocido que hacían vida marital sin ser casados y que siguieron teniendo relaciones sexuales después de que la reo contrajo matrimonio con Florencio Navarrete..."; C de la Serena. 07.07.1901. G. de los T. 384 (1901), 341. "Considerando 4° Que aunque en el plenario varios testigos han declarado que ha sido irreprochable la conducta anterior de la reo, esto está en contradicción con lo que ella misma confiesa de que hace seis años tuvo un hijo, siendo soltera, por lo cual no debe reputársele como de buena fama, no procediendo por tanto la absolución de la acusación".

¹⁸⁵ Corte de Talca. 14. 08. 1915. G. de los T. 463 (1915), 1208.

3.- Ebriedad: existencia de condenas por ebriedad en el prontuario del sujeto¹⁸⁶. Y aún sin existir condenas previas, en muchas ocasiones se fundaba el rechazo de la atenuante, basándose en que el delito habría sido cometido en estado de embriaguez¹⁸⁷.

4.- En algunos casos las anotaciones por autos de procesamiento¹⁸⁸ e incluso las detenciones fueron consideradas un obstáculo para admitir la atenuante¹⁸⁹.

5.- Existencia de sanciones disciplinarias: como la presencia de anotaciones en la hoja de vida de un funcionario de Carabineros de Chile¹⁹⁰ o una sanción establecida por el consejo del colegio de abogados a uno de sus agremiados¹⁹¹.

¹⁸⁶ Corte de Santiago. 14. 06. 1954. RDJ. T LI (1954), sec. 4ª, 74; CS. 26. 08. 1957. RDJ. T LIV (1957), sec. 4ª, 181; Corte de Iquique. 13. 11. 1958. RDJ. T LV (1958), sec. 4ª, 186.

¹⁸⁷ CS. 8. 10. 1917. G. de los T. 195 (1917), 564; CS. 5. 12. 1917. G. de los T. 216 (1917), 617; CS. 11. 09. 1922. G. de los T. 106 (1922), 491.

¹⁸⁸ Corte de Temuco. 15. 12. 1962. RDJ. T LIX (1962), sec. 4ª, 291; CS. 11. 04. 1966. RDJ. T LXIII (1966), sec. 4ª, 82; Pero no sólo la jurisprudencia consideraba que estos hechos obstaban a la aplicación de la atenuante, lo cual queda reflejado en algunas estadísticas elaboradas el año 2001 por la Fundación Paz Ciudadana. Ver anexo n° 19.

¹⁸⁹ Corte de Temuco. 18. 03. 1958. RDJ. T LV (1958), sec. 4ª, 32. “al reo en cuyo prontuario figura la anotación de haber sido detenido por ebriedad no le favorece la atenuante de irreprochable conducta anterior”.

¹⁹⁰ CS. 10. 07. 1958. RDJ. T LV (1958), sec 4ª, 117. La CS ratifica la sentencia pronunciada por la C Marcial de fecha 03.04.1958, en que se señalaba: “Considerando 10º Que en el presente caso, tampoco favorece al reo la circunstancia de su irreprochable conducta anterior, pues no la ha acreditado en el proceso ni podría ella deducirse de su hoja de vida *corriente* a fojas 14, pues dicho documento comprueba que Albornoz sufrió numerosos castigos dentro del último año de servicios anterior a la perpetración del delito, que desvirtúan el concepto de irreprochable en su conducta anterior”.

¹⁹¹ CS. 13. 01. 1984. GJ. 43 (1984), 74.

6.- También se ha rechazado la atenuante en consideración a la confesión en juicio del acusado y según lo señalado por su tarjeta informativa¹⁹².

Posteriormente, durante la década del noventa, comienza a ganar terreno la tendencia jurisprudencial de que sólo debe considerarse el comportamiento ético con trascendencia social del individuo, a fin de determinar la procedencia de la atenuante. Es así como en 1996, la Corte Suprema señaló que las sanciones disciplinarias que hubiesen afectado al procesado no obstan a que su conducta anterior pueda estimarse como irreprochable¹⁹³. También en 1996, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió acoger la atenuante en cuestión, a pesar de la existencia de una anotación por manejo en estado de ebriedad, ya que se trataba de un hecho coetáneo con los ilícitos juzgados y respecto de los cuales no existía sentencia firme al momento de cometer el delito¹⁹⁴.

Actualmente la jurisprudencia se encuentra dividida en cuanto a la consideración del comportamiento ético con trascendencia en lo social, como elemento relevante en la apreciación de la atenuante de irreprochable conducta anterior. A este respecto podemos distinguir las siguientes tendencias jurisprudenciales:

¹⁹² Corte de Santiago. 24. 01. 1989. Delito de hurto [en línea] <[http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ4642&links=\[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%201989\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ4642&links=[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%201989])> [citado 13. 05. 2008] “si bien obran en el proceso su extracto de filiación y antecedentes sin anotaciones pretéritas, y la información sumaria de conducta... lo cierto es que del propio informe citado en el considerando anterior aparece que el reo reconoció que roba desde niño y que es bueno para la pelea; además, en el parte de Investigaciones de fs. 24 se dice que figura con tarjeta informativa "de delincuente habitual en la especialidad de homicida y traficante", lo cual se contrapone con una conducta anterior irreprochable”.

¹⁹³ CS. 6. 10.1996. Delito de violencias innecesarias. [en línea] <[http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ648&links=\[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%201996\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ648&links=[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%201996])> [citado 13. 05. 2008] “...que las innumerables sanciones disciplinarias de que da testimonio la hoja de vida calificada del procesado Romero Villalobos... dicen relación con faltas de carácter administrativo en el desempeño de sus funciones, las que no son suficientes para estimar que su conducta pretérita anterior no pueda ser considerada como irreprochable...”

¹⁹⁴ Corte de Santiago. 28. 05. 1996. Rol: 20.442-1996. GJ 297 (2005), 37 a 38.

1.- Interpretación Tradicional de la Atenuante

Según la interpretación tradicional que realizan parte de los tribunales nacionales, el alcance de la atenuante se extiende al ámbito ético con significación social¹⁹⁵, lo cual armoniza con la interpretación formulada por la doctrina mayoritaria.

Según esta interpretación la atenuante de irreprochable conducta anterior, implica no sólo la ausencia de reproches penales, sino también un comportamiento previo al delito acorde con ciertas expectativas sociales, cuya influencia en la apreciación de la concurrencia de la atenuante debe determinarse caso a caso. Así lo ha declarado en reiteradas oportunidades nuestro máximo tribunal: "...Lo que define la conducta pretérita irreprochable no es el hecho de haber cumplido sus condenas, de modo que ellas no se encuentren vigentes como sostiene la defensa, sino que el haberse comportado de un modo acorde a las expectativas sociales y a las prescripciones y mandatos legales."¹⁹⁶ Asimismo ha señalado que "...conforme lo ha resuelto reiteradamente este tribunal de casación, el contenido de la circunstancia atenuante de que se trata -relativa a la "irreprochable conducta anterior"- está

¹⁹⁵ La Corte Suprema ha resuelto casi invariablemente adhiriendo a esta interpretación. Una excepción a esta tendencia la representa el fallo: CS. 12. 11. 02. Rol: 4216-01 [en línea] <http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagi na1=estados_causas.php> [citado 13. 05. 2008]

¹⁹⁶ CS. 28. 08. 2007. [en línea] <[http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ15517&links=\[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%202007\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ15517&links=[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%202007])> [citado 13. 05. 2008]; en sentido similar: Corte de Concepción. 11. 09. 2006. Rol: 410-2006. Delito de robo con violencia. [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20MP%20N%2029.pdf>> [citado 13. 05. 2008] "La conducta anterior irreprochable es equivalente a que el comportamiento que precede al quebrantamiento de la ley penal por parte de quien comete el delito, es intachable, o mejor aún, no es objeto de ninguna censura, reproche, convención o incriminación, exento de toda mácula tanto en el plano de la ética como de lo jurídico-penal."; TJOP de Temuco. 06. 02. 2004. Rit: 3-2004. Delito de robo con fuerza [en línea] <http://productos.lexisnexis.cl/NXT/lexisnexis.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/DOCTRINA&vid=LNChile:79> [citado 13. 05. 2008]; TJOP de Copiapó. 17. 04. 2006. Rit: 7-2007. [en línea] <http://productos.lexisnexis.cl/NXT/lexisnexis.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/DOCTRINA&vid=LNChile:79> [citado 13. 05. 2008]

dado por la ausencia de toda clase de reprobaciones, censuras o reconvenciones en el comportamiento social previo del imputado, en términos que -de ser así- resulta éste merecedor o digno del efecto morigerador, insito en la respectiva circunstancia atenuante”¹⁹⁷.

Durante la última década, y a pesar de la inexistencia de condenas previas registradas en el extracto de filiación del sujeto, los siguientes hechos se han considerado como constitutivos de un reprochable comportamiento ético con trascendencia en lo social y por ende un obstáculo a la procedencia de la atenuante de irreprochable conducta anterior:

a.- Antecedentes eliminados del prontuario:

La eliminación de antecedentes penales del extracto de filiación es un trámite administrativo que puede realizarse a través de varios mecanismos, cada uno de los cuales exige distintos requisitos y acarrea efectos diferentes:

1) D.L. N° 409¹⁹⁸:

Establece que el Ministerio de Justicia mediante Decreto Supremo confidencial, hará que el beneficiado, luego de al menos dos años de cumplida su condena en caso de ser la primera y cinco años si ha sido condenado dos o más veces, sea considerado como si nunca hubiese delinuido para todos los efectos legales y administrativos si cumple con las exigencias que el decreto señala, las cuales se relacionan con la posibilidad de reinserción del

¹⁹⁷ CS. 06. 08. 1999. Delito de abusos deshonestos [en línea] <[http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ629&links=\[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%201999\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ629&links=[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%201999])> [citado 13. 05. 2008]

¹⁹⁸ D.L. N° 409. 18. 08. 1932. Establece normas sobre reos [en línea] <[http://www.minjusticia.cl/leyes/Leyes%20 Penales/D%20L%20409.pdf](http://www.minjusticia.cl/leyes/Leyes%20Penales/D%20L%20409.pdf)> [citado 13. 05. 2008]

prontuariado en la sociedad; entre éstas exigencias se cuentan: la buena conducta durante el cumplimiento de la condena, el haber estado en contacto con el Patronato nacional de Reos por el mismo periodo exigido para solicitar el beneficio, conocer bien un oficio y contar con una instrucción educacional mínima.

En cuanto a la finalidad de este mecanismo, podemos concluir que su objetivo es favorecer la reinserción a la sociedad del sujeto que ha cumplido su condena. Ello se extrae de lo razonado en el propio D.L. 409, donde se indica que se dicta el D.L en virtud de las siguientes consideraciones: “Que el régimen establecido en las prisiones, que tiende a la regeneración del delincuente..., pierde una gran parte de su eficacia por el hecho de que el penado, después de cumplir su condena, queda marcado para toda su vida con el estigma de haber sido presidiario;... Que es innecesario mantener esta anotación en el prontuario de aquellos ex – penados que han demostrado fehacientemente estar regenerados y readaptados a la vida colectiva;... Que, como un medio de levantar la moral del penado para que se esfuerce por obtener su mejoramiento por medio del estudio, del trabajo y de la disciplina, debe dársele la seguridad de que, una vez cumplida su condena y después de haber llenado ciertos requisitos, pasará a formar parte de la sociedad en las mismas condiciones que los demás miembros de ella y de que no quedará el menor recuerdo de su paso por la prisión;...”.

Claramente, el objetivo perseguido por este Decreto es compatible con los principios inspiradores de la atenuante de irreprochable conducta anterior, ya que ambos persiguen la resocialización del sujeto, pero en diferentes etapas y circunstancias. Mientras que la atenuante requiere contar con la mayor cantidad de antecedentes posibles para fundar la presunción sobre la que se basa y realizar una justa determinación de la pena; la eliminación de antecedentes, por

otro lado, se sitúa en la fase posterior al delito y relacionada con la integración del sujeto a la sociedad una vez cumplida su condena.

2) D.S. N° 64¹⁹⁹:

Define los conceptos de prontuario penal y certificado de antecedentes, determinando las anotaciones que pueden constar en ellos y la manera de eliminar el prontuario, algunos antecedentes o sólo omitir ciertas anotaciones en el certificado de antecedentes. Al igual que mediante el D.L. N° 409, el transcurso del tiempo también permite la eliminación de anotaciones, diferenciándose estos mecanismos en la extensión de los plazos requeridos (más breves en el caso del D.L. N° 409) y la amplitud del grupo que puede acceder al beneficio (el D.S. N° 64 exige que la anotación que se pretende eliminar sea la única en el prontuario del interesado y que la pena a la cual fue condenado no supere los tres años de duración).

3) Artículo 29 de la Ley N° 18.216²⁰⁰:

Establece que el cumplimiento satisfactorio de las medidas alternativas a la pena privativa o restrictiva de libertad que prevé dicha ley, por “reos que no hayan sido condenados anteriormente por crimen o simple delito, tendrá mérito suficiente para la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de tales antecedentes prontuarios”. Exceptuándose los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, de Orden,

¹⁹⁹ D.S. N° 64. 27. 01. 1960. Sobre prontuarios penales y certificados de antecedentes [en línea] <<http://www.memorialmapu.cl/mapu/pdf/DTO64.pdf>> [citado 13. 05. 2008]

²⁰⁰ LEY N° 18.216. 14. 05. 1983. Establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad y deroga disposiciones que señala [en línea] <<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/29636.pdf>> [citado 13. 05. 2008]

Gendarmería de Chile y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal.

4) Ley N° 19.962²⁰¹:

Regula la eliminación de anotaciones prontuariales, en caso que la condena haya sido dictada por un tribunal militar, por hechos originados entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, entre otros requisitos.

Debido al restringido ámbito de aplicación de los mecanismos contemplados en el D.S. 64 y las leyes N° 18.216 y 19.962, el sistema que con mayor frecuencia se utiliza a fin de eliminar antecedentes prontuariales es el D.L. N° 409.

Respecto a los efectos de la eliminación de antecedentes en virtud de alguno de estos mecanismos, los tribunales rechazan mayoritariamente la aplicación de la atenuante de irreprochable conducta anterior cuando se constata que ha operado alguno de ellos, incluso en el caso de D.L. N° 409 (según el cual el prontuario se considerará para todos los efectos legales y administrativos como si nunca hubiese delinquido). Se ha declarado que "...como lo ha resuelto la jurisprudencia constante de esta Corte Suprema, la referida minorante requiere más que un extracto de filiación formalmente exento de anotaciones. Se precisa, como se deduce de su tenor literal, una conducta anterior sin tacha y, en todo caso, no manchada por hechos que impliquen una perturbación significativa de la convivencia social. Ahora bien, no cabe duda de que haber en tiempo precedente conducido un vehículo en estado de embriaguez ocasionando, además, lesiones graves a terceros, importa la

²⁰¹ LEY N° 19.962. 25. 08. 2004. Dispone la eliminación de ciertas anotaciones prontuariales. [en línea] <<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/229484.pdf>> [citado 13. 05. 2008]

realización de una conducta susceptible de reproche social y, por consiguiente, aunque ella ahora no se consigne en el respectivo certificado de antecedentes, siempre es óbice a la concesión de la atenuante examinada. En rigor, ocurriría también así incluso en el evento de que el hecho socialmente reprobable no hubiera sido objeto en su momento de sanción punitiva, y aún en el caso en que no constituyera una conducta típica, con tal de que se encuentre probada en el proceso, como efectivamente lo está la que se analiza;²⁰².

La argumentación de los tribunales es clara, en el sentido de basar el rechazo de la atenuante en razón de la existencia de ciertos hechos que configuran un reprobable comportamiento ético, socialmente trascendente.

Cabe agregar que la interpretación contraria vulneraría la finalidad de la atenuante (sea que adhiramos a la postura que funda la atenuante en una menor peligrosidad del sujeto, en un indicio de exigibilidad disminuida o en una presunción de menor necesidad de resocialización), ya que podría hacerse uso del D.L. 409 tras cada delito, manteniendo de este modo siempre una irreprochable conducta anterior, lo cual contravendría los supuestos de hecho

²⁰² CS. 30. 09. 1999. Cuasidelito de homicidio [en línea] <[http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ439&links=\[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%201999\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ439&links=[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%201999])> [citado 13. 05. 2008]; en este mismo sentido: Corte de Punta Arenas. 9. 07. 1992. GJ 297 (2005), 37; TJOP de Copiapó. 16. 03. 06. Conducción en estado de ebriedad, con resultados de muerte y lesiones menos graves [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20MP%20Nº%2027%20Junio%202006.pdf>> [citado 13. 05. 2008]; JG de Punta Arenas. 04.01. 08. [en línea] Delito de manejo en estado de ebriedad <http://productos.lexisnexis.cl/NXT/lexisnexis.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/DOCTRINA&vid=LNChile:79> [citado 13. 05. 2008]; Jurisprudencia en contra: Quinto TJOP de Santiago. 11. 02. 2006. Rit: 1-2005. Delito de abuso sexual [en línea] <http://www.defensoriapenal.cl/Documentos/jurisprudencia/_2006__2%20Bolet%EDn203.PDF> [citado 13. 05. 2008] Acoge la atenuante, a pesar de la existencia de una condena previa por el mismo delito, eliminada del prontuario mediante el D.L. nº 409; Corte de Valparaíso. 03. 09. 2004. Rol: 571-2004 [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/Minpu/ministerio%20publico%2025.pdf>> [citado 13. 05. 2008] Tiene por acreditada la irreprochable conducta anterior mediante un certificado de antecedentes para fines especiales (presentado en segunda instancia) que no registraba las condenas anotadas en el extracto de filiación presentado en primera instancia.

sobre los que se basan las diferentes posturas de fundamentación de la atenuante.

b.- Anotaciones de Auto de Procesamiento:

Actualmente escasas sentencias aducen las anotaciones por auto de procesamiento como constitutivas de una conducta reprobable socialmente y por ende, óbice a la procedencia de la atenuante de irreprochable conducta anterior²⁰³.

Sin embargo, la Corte Suprema ha resuelto que "...una conducta anterior exenta de reproche no se tiene tan sólo con no haber sido condenado precedentemente a una pena penal. Basta, para que el comportamiento anterior sea reprochable, que el procesado haya observado uno que implique perturbaciones de la paz social, incluso si ellas no llegan a configurar un hecho punible o cuando, configurándolo, no se lo haya declarado todavía responsable de él"²⁰⁴. De este modo, la Corte Suprema rechaza la procedencia de la atenuante basándose en lo que califica de "indicios fehacientes" de una conducta socialmente perturbadora y dañina.

²⁰³ En este sentido: Corte de Santiago. 22. 06. 1994. Rol: 9.674-1994. GJ 297 (2005), 37; TJOP de Concepción. 17. 01. 2005. Delito de robo con intimidación. [en línea] <http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01&vid=L NChile:75> [citado 13. 05. 2008].

²⁰⁴ CS. 26. 05. 2004. Rol: 1572-2004. Delito de hurto [en línea] <<http://jurischile.com/penal/2004/10/260504-rol-n-1572-04.html>> [citado 13. 05. 2008]; en similar sentido: Corte de Temuco. 15. 12. 1962. RDJ. T. LIX (1962), sec. 4ª, 291. "No puede calificarse de irreprochable la conducta del reo, si estuvo anteriormente procesado por hurto, aunque se le haya sobreseído temporalmente"; JG de Loncoche. 22. 04. 2003. Rit: 541-2002 Delito de receptación [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/BOLETIN%20N%2017.pdf>> [citado 13. 05. 2008] En esta causa, el indicio fehaciente consistía en el auto de procesamiento preexistente a los hechos juzgados en esta causa. Dicho indicio se vio confirmado por la sentencia condenatoria pronunciada por el Juzg. de Letras de Loncoche.

En similar sentido la Corte de Apelaciones de Santiago realiza un examen de la doctrina nacional referente al tema, concluyendo que "...no ha existido error de derecho al rechazarse la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal. Ello, por cuanto la defensa la afinca únicamente en la ausencia de condena anterior y si bien, éste se puede conceptuar como un requisito negativo, no se sigue de esto necesariamente que la conducta fuera irreprochable. No se comprende, en estricto rigor, en el requisito negativo esta cualidad. 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. 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. 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"²⁰⁵.

Ante el recurso del acusado, en orden a que esta interpretación vulneraría el principio de la presunción de inocencia, la Corte declara, en el fallo antes citado, que "...la simple o sola ausencia de condena no significa de por sí una conducta anterior irreprochable, y porque naturalmente son cosas conceptualmente, al menos, distintas: La presunción de inocencia significa que respecto de esas anotaciones, de esos delitos, no puede ser considerada como culpable ni tratada como tal, mientras no recaiga sentencia firme que así lo establezca y declare, pero no nos dice de la total falta de tacha del comportamiento ético social de la misma persona"²⁰⁶.

²⁰⁵ Corte de Santiago. 26. 12. 2006. Rol: 2323-2006. [en línea] <<http://jurischile.com/penal/2007/05/nulidad-por-no-considerar-irreprochable.html>> [citado 13. 05. 2008]

²⁰⁶ Ibid.

Podemos resumir esta argumentación señalando que es necesario diferenciar los conceptos de inocencia y de irreprochable conducta anterior, ya que en virtud del principio de la presunción de inocencia, un sujeto no puede ser considerado, ni tratado como culpable por un delito, pero lo que exige el legislador como requisito de procedencia de la atenuante no es sólo la inexistencia previa de reproches penales, sino algo más amplio, que abarca el comportamiento ético social del individuo y por el cual obstarían a la aplicación de la atenuante incluso hechos no punibles.

c.- Condenas previas en país extranjero:

Existiendo una condena previa, aunque ella no figure en el extracto de filiación en Chile, se considera que la conducta anterior ha sido reprochable y por ende, no es posible admitir la atenuante. Se ha resuelto que el extracto de filiación no es más que un documento público que sirve para acreditar o descartar la conducta anterior irreprochable, pero no la constituye²⁰⁷.

A estos argumentos podemos añadir lo dispuesto en el artículo 13 del C.P.P., según el cual tienen valor en Chile las sentencias penales de tribunales extranjeros (siempre que cumplan con determinados requisitos). Por lo que el fallo antes mencionado, reconoce indirectamente, que para determinar la relevancia del reproche no debiera considerarse su incorporación al extracto de filiación del sujeto.

²⁰⁷ Segundo TJOP de Santiago. 06. 03. 2007. Rit: 9-2007. [en línea] <http://productos.lexisnexis.cl/NXT/lexisnexis.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/DOCTRINA&vid=LNChile:7> [citado 13. 05. 2008]

d.- Actos de Violencia Intrafamiliar:

La Corte de Apelaciones de Rancagua ha indicado que la irreprochable conducta anterior es un concepto más amplio que el no haber delinquido previamente, y en este sentido ha resuelto que “la conducta no sólo ha de ser buena, sino irreprochable, lo que quiere decir que actos deleznable o reprochables jurídicamente, como lo son los de violencia intrafamiliar... pueden perfectamente obstar a que se configure la minorante, aunque no existan condenas penales pretéritas”²⁰⁸. Asimismo señala que la sola ausencia de anotaciones en el extracto de filiación puede bastar para dar por acreditada la conducta, sin precisar prueba adicional, ya que “se debe presumir la irreprochable conducta en general, salvo que consten hechos no penales, pero sí jurídicamente desvalorados que obsten a esta atenuante”²⁰⁹.

Pero como ya se ha señalado, la jurisprudencia no es unánime en aquellos casos donde no existen condenas previas, incluso muchos tribunales acogen la atenuante contemplada en el artículo 11 n° 6, a pesar de la preexistencia de condenas por violencia intrafamiliar, cuando estas han sido dictadas en el procedimiento antiguo, por Juzgados de Letras en lo Civil²¹⁰.

²⁰⁸ Corte de Rancagua. 10. 04. 2007. Rol: 114-2007. [en línea] <http://www.defensoriapenal.cl/Documentos/jurisprudencia/2007_5_Boletin_web584.PDF> [citado 13. 05. 2008]; en sentido similar: Corte de Concepción. 11. 07. 1939. G. de los T. tomo 2. 168 (1939), 722; Corte de Valparaíso. 29. 10. 1945. G. de los T. tomo 2. 45 (1945), 221.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ CORPORACIÓN HUMANAS. “El Derecho a vivir una vida libre sin violencia”. Santiago. Chile. 2007. Página 34. [en línea] <http://www.humanas.cl/documentos/520derecho_a_vivir_sin_violencia.pdf> [citado 04. 08. 2008] Una fiscal de la zona metropolitana oriente señala en esta publicación: “He presentado requerimientos simplificados por lesiones leves que pasan a ser menos graves y he estimado que el imputado no tiene irreprochable conducta anterior por tener una condena por violencia intrafamiliar en el sistema antiguo, pero los jueces no lo estiman así”; Contra dicha tendencia jurisprudencial podemos mencionar: JG de Tomé. 03. 11. 06. Rit: 548-2006. [en línea] <http://www.humanas.cl/documentos/520derecho_a_vivir_sin_violencia.pdf> [citado 04. 08. 2008]

2.- Interpretación Extensiva de la Atenuante

Según esta interpretación, la aplicación del Principio de Inocencia exige que sólo ante la existencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada, anotada en el extracto de filiación previamente a los hechos que se juzgan, se puede justificar el rechazo de la atenuante de irreprochable conducta anterior. Como consecuencia de este razonamiento el aspecto ético social previo al delito es irrelevante en la apreciación de la atenuante.

Llamaremos extensiva a esta interpretación, debido a que en virtud de este planteamiento la atenuante tendría un sentido más extenso que aquel deducido de su texto literal, aplicándose sus efectos, según esta interpretación, a todos quienes no registren condenas previas en sus prontuarios.

Podemos observar varios fallos en este sentido a partir de la presente década, aunque también es posible encontrar sentencias con similares argumentos de data más antigua²¹¹, asimismo debemos reiterar la existencia de fallos en que se utiliza el principio de la presunción de inocencia a fin de argumentar que es innecesaria la prueba testimonial para acreditar la atenuante (tal como se analizó al comienzo de este capítulo).

En general, las sentencias que adhieren a la interpretación extensiva de la atenuante no señalan expresamente la improcedencia de la interpretación tradicional, simplemente argumentan que en virtud del principio de presunción de inocencia se debe aceptar la atenuante siempre que no exista sentencia condenatoria firme contra el sujeto al momento de los hechos que motivan el

²¹¹ Corte de la Serena. 12. 05. 1945. RCP. T. XLII, Nº 2, 144. "...la conducta a que se refiere la ley para estos efectos no puede ser otra que la relacionada con el aspecto delictuoso, no meramente moral de la vida del procesado..."

segundo juicio²¹². De esta forma, se indica tácitamente que para el examen de la procedencia de la atenuante sólo es relevante el reproche penal y no el que pueda realizarse en el ámbito ético social.

Un fallo que se orienta hacia el rechazo directo de la interpretación tradicional es el pronunciado por el TJOP de Viña del Mar, según el cual “admitir el argumento de que su irreprochable conducta anterior no estaría acreditada, ya que el acusado consume droga y ha participado en riñas (situaciones que los psiquiatras consideran propias de un trastorno disocial de la personalidad), equivaldría a transformar el reproche individual y acotado que una persona merece por sus actos delictuosos, en un enjuiciamiento global de la personalidad o del modo de conducción de su vida, y llevaría a confundir las exigencias jurídicas con las oriundas de la moral, todo lo cual resulta incompatible con un Derecho penal de acto, como es el chileno, y la organización republicana de nuestro Estado de Derecho. Para éste, a propósito de la atenuante en cuestión, sólo cuenta que el sujeto carezca de antecedentes

²¹² Corte de San Miguel. 03. 01. 2006. Rol: 562-2005 [en línea] <http://www.defensoriapenal.cl/Documentos/jurisprudencia/_2006__3%20Bolet%EDn204.PDF> [citado 13. 05. 2008] Acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensoría, fundado en el rechazo de la atenuante de irreprochable conducta anterior. Dicha atenuante sería aplicable, no obstante que los extractos de los imputados registran sentencias condenatorias anteriores, ya que dichas causas no estaban ejecutoriadas al momento de la ejecución del ilícito de autos, apoyándose en el Principio de la Presunción de Inocencia; TJOP de Concepción. 07. 12. 2005. Rit: 268-2005. [en línea] <http://www.defensoriapenal.cl/Documentos/jurisprudencia/_2006__1%20Bolet%EDn202.PDF> [citado 13. 05. 2008]; TJOP de Concepción. 22. 12. 2005. Rit: 274-2005 [en línea] <http://www.defensoriapenal.cl/Documentos/jurisprudencia/_2006__1%20Bolet%EDn202.PDF> [citado 13. 05. 2008]; Sexto TJOP de Santiago. 22. 02. 2006. Rit: 3-2006 [en línea] <http://productos.lexisnexis.cl/NXT/lexisnexis.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/DOCTRINA&vid=LN Chile:79> [citado 13. 05. 2008]; Séptimo JG de Santiago. 20. 03. 2006. Rit: 1063-2005 [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20MP%20Nº%2030.pdf>> [citado 13. 05. 2008] Sentencia confirmada por la Corte de Santiago. 24. 04. 2006. [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20MP%20Nº%2027%20Junio%202006.pdf>> [citado 13. 05. 2008]; Corte de Concepción. 18. 05. 2007. Rol: 222-2007 [en línea] <http://www.defensoriapenal.cl/Documentos/jurisprudencia/2007_6_Boletin_web589.PDF> [citado 13. 05. 2008]

penales demostrados, no que en su trayectoria vital haya habido conductas desviadas o costumbres desarregladas, pero atípicas”²¹³.

En este caso se confunden elementos que pertenecen a la moral personal (como puede ser el consumo de drogas) con otros que afectan la sana convivencia del individuo en la sociedad (como las riñas).

También de manera excepcional, es posible encontrar fallos que aplican la interpretación extensiva, pero a la vez consideran que no toda sentencia condenatoria tiene relevancia a fin de rechazar la aplicación de la atenuante²¹⁴.

Un ejemplo de interpretación extensiva en un caso altamente difundido, es aquel esgrimido por la Corte de Apelaciones de Temuco, en el juicio contra el ex Senador Lavandero. Conociendo del recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Garantía de Temuco que había rechazado la atenuante de irreprochable conducta anterior, la acoge declarando que “no pueden ser consideradas –para denegar la atenuante en comento- las declaraciones de los denominados “testigos de contexto o de patrón de conducta” prestadas ante el Fiscal, por no haber sido sometidas a contradicción en un debate, y en que las imputaciones de las personas que deponen no han sido declaradas como verdad procesal en una sentencia firme y fruto de un debido proceso. Estimar lo contrario –esto es, dar por ciertos hechos punibles que no han sido establecidos en una sentencia definitiva ejecutoriada- constituye un grave atentado contra un principio universal del derecho, que es el de presunción de inocencia, consagrado en los Tratados Internacionales de

²¹³ TJOP de Viña del Mar. 28. 06. 2006. Rit: 77-2006 [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20MP%20N%2029.pdf>> [citado 13. 05. 2008]

²¹⁴ TJOP de Puente Alto. 29. 01. 2007. Rit: 5598-2006 [en línea] <http://www.defensoriapenal.cl/Documentos/jurisprudencia/2007_%202_Boletin_web581.PDF> [citado 13. 05. 2008]

Derechos Humanos ratificados y vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, y reconocido expresamente en el Art. 4º del Código Procesal Penal...”²¹⁵.

En este caso existe un importante problema procesal relacionado con la prueba en el procedimiento abreviado. Según el artículo 406 inciso 2º del Código Procesal Penal (en adelante CPP), “...será necesario que el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento.”

Los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación que la fundaren se ponen en conocimiento del acusado acompañando a la acusación el registro de la investigación que sigue el fiscal²¹⁶.

Debido a la aceptación que ha manifestado el acusado, el debate deberá centrarse en las consecuencias jurídicas de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundamentaren. Por tanto, no es procedente la prueba de estos hechos en este tipo de procedimiento ni existe la oportunidad legal para rendirla.

Pero además el debate podrá abarcar la concurrencia de circunstancias eximentes y modificatorias de la responsabilidad penal, así como de los

²¹⁵ Corte de Temuco. 16. 07. 2005. [en línea] <http://www.emol.com/noticias/documentos/pdfs/fallo2_lavandero.pdf> [citado 13. 05. 2008] “Se previene que el Fiscal Judicial... estima que la atenuante del Art. 11 N° 6 del Código Penal, no sólo presupone que quién la invoca no haya infringido el ordenamiento jurídico incurriendo en sanciones penales, sino, además, que su actitud y comportamiento en la vida de relación se encuentren al margen de toda censura y de reproche social, lo que no acontece, teniendo en consideración los antecedentes de autos, por lo cuál, el imputado Lavandero Illanes, no cumple con la expresión de “conducta irreprochable” manifestada en el texto legal.”

²¹⁶ INSTRUCTIVO GENERAL N° 57, sobre Procedimiento Abreviado. OFICIO N° 144. 12. 04. 2001. [en línea] <www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Procedimientos%20especiales/144%202001.doc> [citado 13. 05. 2008]

requisitos para la procedencia de los beneficios contemplados en la Ley N° 18.216. No existiendo oportunidad legal para rendir prueba en el procedimiento abreviado, la única vía disponible para acreditar estas circunstancias será “ante el fiscal, a fin de que éste pueda incorporar los elementos probatorios entre los antecedentes, que junto con el referido reconocimiento sirven de fundamento al fallo”²¹⁷.

Con estos antecedentes es posible criticar el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco. El argumento de la sentencia consiste en que se consideran irrelevantes las declaraciones de los “testigos de contexto” en base a los principios de bilateralidad y presunción de inocencia, es decir, dichas declaraciones no podrían servir de fundamento para el rechazo de la atenuante de irreprochable conducta anterior, ya que la defensa no tuvo la oportunidad procesal de someterlas a contradicción, pero incluso de haber existido dicha oportunidad tampoco podría considerarse la prueba en cuestión, ya que no fueron declaradas como verdad procesal mediante una sentencia condenatoria firme.

En cuanto al primer argumento, es decir, aquel basado el principio de la bilateralidad, sólo cabe señalar que el reconocimiento de los antecedentes de la investigación que fundan la acusación comprende las declaraciones de los “testigos de contexto” y que la posibilidad de contradicción se ha rechazado por el propio imputado al rechazar el derecho a tener un juicio oral y aceptar el procedimiento abreviado.

²¹⁷ PEÑA WASAFF, Silvia. “Prueba en el Procedimiento Abreviado”. En Sentencias Comentadas. [en línea] Boletín del Ministerio Público. Boletín N° 25: 199-202, dic. 2005. <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/Minpu/ministerio%20publico%2025.pdf>> [citado 13. 05. 2008] Comentario a sentencia de Corte de Valparaíso, de fecha 03. 09. 2004.

Respecto al argumento de fondo, es decir, la presunción de inocencia, y según la hipótesis planteada en esta investigación, la irreprochable conducta anterior es un concepto más amplio que la ausencia de reproches penales, lo cual se infiere del tenor literal del artículo 11 n° 6 del C.P.

La irreprochable conducta anterior implica un comportamiento exento de perturbaciones significativas de la paz social, es decir, involucra la ausencia de reproche social relevante (precisamente en virtud de esta definición es que se justifica que en determinados casos una condena previa no sea óbice para la aplicación de la atenuante).

Resulta evidente que la irreprochabilidad de la conducta anterior debe presumirse, en concordancia a los principios de presunción de inocencia y buena fe. Pero la presunción de irreprochabilidad de la conducta abarca un ámbito más amplio que la presunción de inocencia (la cual se refiere a no ser considerado ni tratado como culpable mientras no exista sentencia condenatoria firme) ya que incluye todo el ámbito ético con significación social, el que no es necesariamente punible.

A mayor abundamiento, la presunción de irreprochable conducta anterior no es sinónimo de presunción de inocencia, aunque ambas se basan en un mismo principio, la Buena Fe; de modo que existe, entre estas presunciones, la misma distancia conceptual que entre las nociones de irreprochable conducta anterior e inocencia.

En cuanto a la prueba admisible para desvirtuar estas presunciones, podemos señalar que así como es posible destruir la presunción de inocencia mediante prueba indiciaria, es posible desvirtuar la presunción de irreprochable conducta anterior mediante “indicios fehacientes” que establezcan la

preexistencia de un comportamiento reprochable en el plano ético social, tal como lo ha resuelto la Corte Suprema.

E. CALIFICACIÓN DE LA ATENUANTE

1.- Elementos para determinar la procedencia de la calificación de la atenuante

En reiteradas oportunidades se ha resuelto que la atenuante de irreprochable conducta anterior "...será muy calificada o de gran entidad cuando no se trate únicamente de una persona que no ha sido condenada y que tiene buenas costumbres, sino de un individuo que ha prestado grandes y señalados servicios a la comunidad en que se inserta o que ha demostrado en alto grado virtudes de carácter y moralidad"²¹⁸.

Algunos elementos que se han considerado relevantes a fin de calificar la atenuante en cuestión son: el nivel socioeconómico y educacional, el tiempo que ha permanecido sin quebrantar la ley, las especiales condiciones de vida del acusado, todo lo cual se evalúa mediante el informe presencial, informe social, prueba testimonial y documental orientada a acreditar que el sujeto tiene un contacto criminógeno incipiente, ejerce una actividad económica, mantiene una buena relación con su entorno social y por tanto demuestra hábitos socio-laborales afianzados que justifican la calificación de la atenuante²¹⁹.

²¹⁸ CS. 06. 02. 2005. Rol: 399-2005. [en línea] <[http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ7765&links=\[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%202005\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ7765&links=[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%202005])> [citado 13. 05. 2008]; en el mismo sentido: Segundo TJOP de Santiago. 24. 07. 2006. Rit: 38-2006. [en línea] <http://www.ministeriopublico.cl/Repositorio_Minpu/Archivos/minpu/Boletin%20MP%20Nº%2028.pdf> [citado 13. 05. 2008]; Corte de Iquique. 15. 09. 2006. Rol: 125-2006. [en línea] <<http://jurischile.com/penal/2007/08/calificacin-de-la-irreprochable.html>> [citado 13. 05. 2008]

²¹⁹ Segundo TJOP de Santiago. 18. 07. 2006. Rit: 71-2006. [en línea] <http://www.ministeriopublico.cl/Repositorio_Minpu/Archivos/minpu/Boletin%20MP%20Nº%2030.pdf> [citado 13. 05. 2008] "En cuanto a la solicitud de la defensa en orden a calificar esta atenuante, debe tenerse en cuenta que además de que el acusado, proviene de un medio socioeconómico bajo, con un padre alcohólico, escasa educación, etc..., en más de treinta años es el primer delito que registra. Además, el propio Ministerio Público en virtud del principio de objetividad, incorporó el informe presencial del

Todos estos elementos son analizados por el tribunal, considerando las características del caso concreto (lo cual armoniza con lo planteado en esta investigación), pudiendo estimar prudencialmente si concurre la calificación de la atenuante incluso en el caso de condenas preexistentes, como lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de Santiago: “transcurridos 26 años sin que el procesado incurriera en ilícitos penales, corresponde calificar la atenuante de conducta irreprochable como conducta muy calificada”²²⁰.

2.- ¿La calificación es un asunto de los jueces de fondo?

La jurisprudencia se encuentra dividida en este punto. A pesar que en reiteradas oportunidades la Corte Suprema ha declarado que corresponde a los jueces de fondo el reconocimiento y calificación de las atenuantes, así como la rebaja de la pena que autoriza el artículo 68 bis del C.P.²²¹, también existen

acusado el cual en sus conclusiones refiere que una medida alternativa se hace necesaria en la medida que se oriente a la red familiar, se trabaje con colocación y capacitación laboral, se aborde el desarrollo personal y capacidad asertiva, potenciando la capacidad para anticipar las consecuencias de sus actos, estimándose eficaz su resultado por la presencia de apoyo concreto por parte de su cónyuge, contacto criminógeno incipiente y manipulación de la información asociada a un afán de deseabilidad social. En virtud de lo anterior se recomienda su incorporación a la medida de libertad vigilada del adulto bajo un proceso de alta intervención”; TJOP de Antofagasta. 25. 05. 2007. Rit: 69-2007. [en línea] <http://www.defensoriapenal.cl/Documentos/jurisprudencia/2007_6_Boletin_web_589.PDF> [citado 13. 05. 2008]

²²⁰ Corte de Santiago. 03. 12. 1996. Rol: 63.329-1996. GJ 297 (2005), 38.

²²¹ CS. 09. 08. 2005. Rol: 3478-2005. [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/Minpu/Boletín%20MP%20N24.pdf>> [citado 13. 05. 2008]; CS. 6. 02. 2005. Rol: 399-2005. [en línea] <[http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ7765&links=\[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%202005\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ7765&links=[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%202005])> [citado 13. 05. 2008]; Corte de La Serena. 16. 03. 2006. Rol: 41-2006. [en línea] <<http://jurischile.com/penal//2007/08/factores-considerar-para-determinar.html>> [citado 13. 05. 2008]; CS. 03. 12. 2007. [en línea] <[http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ16182&links=\[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%201996\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ16182&links=[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%201996])> [citado 13. 05. 2008]

varios fallos en sentido contrario, donde la misma Corte modifica lo resuelto por los tribunales de fondo²²².

En relación a este punto se requiere una posición más uniforme por parte de nuestros tribunales superiores de justicia, los cuales debieran inclinarse por rechazar la posibilidad de modificar lo decidido por el tribunal que conoció directamente las pruebas rendidas en la causa y abocarse a las cuestiones de derecho debatidas en el juicio.

²²² CS. 06. 08. 1999. [en línea] <[http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ629&links=\[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%201999\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ629&links=[IRREPROCH,%20CONDUCT,%20ANTERIOR,%201999])> [citado 13. 05. 2008] Mediante casación de oficio la CS rechaza la atenuante a pesar de haber sido acogida por el tribunal de segunda instancia; CS. 30. 01. 2006. Rol: 735-2003. [en línea] <<http://jurischile.com/penal//2006/02/apropiacin-indebida-de-dinero-300106.html>> [citado 13. 05. 2008] La CS resuelve tener por calificada la atenuante acogida por el tribunal de segunda instancia.

CAPÍTULO IV

PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

A. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DE LA ATENUANTE

Los proyectos de ley que pretenden modificar la atenuante de irreprochable conducta anterior, tienen por objetivo limitar su campo de aplicación, declarándola improcedente ante los denominados “delitos de mayor connotación social”, como son el homicidio, el secuestro de menores, el robo con violencia o intimidación y algunos delitos contra la autodeterminación sexual.

1.- Proyectos de ley actualmente en estudio

a.- Proyecto de Ley N° 3585-2007, de fecha 6 de Julio de 2004²²³:

Este proyecto de ley propone modificar la agravante de reincidencia, haciéndola aplicable desde el momento en que se encuentra ejecutoriada la sentencia condenatoria, aunque no esté efectivamente cumplida. También pretende modificar los efectos de la reincidencia específica, aumentando el límite inferior de la pena aplicable, pero sólo respecto a determinados delitos, entre los que se cuentan:

- secuestro de menores de edad.
- las hipótesis de violación contempladas en el párrafo 5 del título VII, libro II del C.P.

²²³ Proyecto de Ley N° 3585-2007. 6. 07. 04 [en línea] <<http://sil.congreso.cl/pags/index.html>> [citado 04. 08. 2008]

- el robo con violencia o intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas.

- las distintas hipótesis de hurto contempladas en el párrafo 4 del título IX, libro II del CP.

De configurarse la agravante de reincidencia respecto a estos delitos, además se propone impedir la aplicación de algunas atenuantes, entre las que se cuenta la irreprochable conducta anterior.

Durante la discusión de este proyecto de ley se argumentó por sus autores que su propósito era incorporar el criterio de la peligrosidad entre los que determinan la pena, junto a la culpabilidad del autor y la gravedad del delito. Este planteamiento obvia las severas críticas doctrinarias a la institución de la reincidencia (vulneración de principios limitadores del ius puniendi estatal: principio del hecho, non bis in idem y culpabilidad), las cuales por si solas obstan a la aprobación de dicho proyecto de ley.

En relación a la atenuante de irreprochable conducta anterior, resulta evidente que de existir reincidencia ello implica necesariamente una condena previa, por lo que en cuanto a sus efectos esta modificación resulta innecesaria, ya que en la actualidad, ante la existencia de condenas pretéritas sólo en casos muy excepcionales (como se explicó en el capítulo anterior) se ha admitido la atenuante (condenas por faltas, delitos culposos y otros que no merecen un reproche social intenso)²²⁴.

²²⁴ Ver comentario crítico respecto a esta facultad del tribunal en página 98.

b.- Proyecto de Ley N° 4350-2007, de fecha 19 de Julio de 2006²²⁵:

Tiene por objeto impedir la invocación de la atenuante de irreprochable conducta anterior, tratándose de crímenes y simples delitos cometidos contra la vida o la integridad corporal de las personas, aquellos realizados con violencia o intimidación sobre éstas o de cuya ejecución se derivare muerte, lesiones graves, aborto, violación o sodomía. Todo lo anterior mediante la incorporación de un segundo inciso al artículo 11 número 6 del Código Penal.

También pretende modificar la agravante de reincidencia genérica, ampliando el ámbito de aplicación de dicha circunstancia, de modo que el haber sido castigado por cualquier crimen o simple delito constituya la agravante en cuestión.

Respecto a la modificación de la agravante de reincidencia genérica me remito a lo señalado en el punto anterior.

En cuanto a la prohibición de invocar la atenuante de irreprochable conducta anterior, podemos mencionar la existencia de dos problemas relacionados. El más importante radica en determinar si es posible establecer a priori que respecto a determinados delitos se impida la invocación de la atenuante de irreprochable conducta anterior. Esta cuestión será desarrollada en el siguiente

²²⁵ Proyecto de Ley N° 4350-2007. 19. 07. 06 [en línea] <<http://sil.congreso.cl/pags/index.html>> [citado 04. 08. 2008] “Modificase el Código Penal de la siguiente forma: Artículo 1°.- Agréguese a continuación del punto final en el numeral 6° del artículo 11 la siguiente oración: “Esta atenuante no podrá ser invocada en caso de crímenes y simples delitos cometidos contra la vida o la integridad corporal de las personas, respecto de aquellos realizados con violencia o intimidación sobre éstas o de cuya ejecución se derivare muerte, lesiones graves, aborto, violación o sodomía”. Artículo 2°.- Modificase la redacción del actual numeral 15° del artículo 12, quedando éste redactado de la siguiente manera: "15ª Haber sido castigado el culpable anteriormente por crimen o simple delito”

punto de esta sección, ya que es el problema transversal a todos los proyectos de ley que a continuación analizaré.

El segundo problema que presenta la propuesta de modificación, se deriva de la generalidad de los términos empleados por sus autores. La referencia a crímenes o simples delitos contra la integridad personal, abarca tipos como el de lesiones menos graves, respecto al cual no es posible justificar a priori su inclusión en el grupo de delitos de mayor connotación social (ante los cuales se pretende prohíbe la invocación de la atenuante de irreprochable conducta anterior), aún si admitimos que dicha posibilidad fuese viable.

c.- Proyecto de Ley N° 4371-2007, de fecha 1 de Agosto de 2006²²⁶:

Este proyecto de ley pretende aumentar los requisitos de procedencia de la atenuante cuando ésta se pretenda invocar frente a delitos de alta connotación social, como son: Homicidio, Violación o Robo con Violencia y que merezcan una pena igual o superior a presidio mayor en su grado mínimo.

En estos casos, la ausencia de condenas previas no bastaría para tener por acreditada la atenuante, alterándose la presunción de irreprochable conducta anterior, produciéndose una situación similar a la existente con anterioridad a la década del 90, en que la jurisprudencia exigía la declaración de testigos de irreprochable conducta a favor del procesado.

²²⁶ Proyecto de Ley N° 4371-2007. 1. 08. 06 [en línea] <<http://sil.congreso.cl/pags/index.html>> [citado 04. 08. 2008] “Artículo Primero.- Modifíquese la circunstancia atenuante de responsabilidad penal establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, en el sentido siguiente: Se reemplaza el punto final, pasando a ser punto seguido y se agrega la siguiente frase: Cuando se trate de delitos de Homicidio, Violación o Robo con Violencia y que merezcan una pena igual o superior a presidio Mayor en su Grado Mínimo, no será suficiente para acreditar la circunstancia atenuante del Art. 11 N° 6 del Código Penal (irreprochable conducta anterior), el hecho que el autor no registre condenas previas.”

Es decir, en estos casos, se generaría una presunción simplemente legal de reprochable conducta anterior.

d.- Proyecto de Ley N° 4396-2007, de fecha 2 de Agosto de 2006²²⁷:

Tiene por objetivo incorporar un artículo 368 ter, mediante el cual se establecería la impropiedad de la atenuante de irreprochable conducta anterior en caso que la víctima del delito contra la autodeterminación sexual sea menor de edad.

También pretende incorporar como obligatoria la pena accesoria de prohibición de acercamiento a la víctima en todo caso de delito contra la autodeterminación sexual.

e.- Proyecto de Ley N° 4931-2007, de fecha 3 de Abril de 2007²²⁸:

Este proyecto de ley considera que la atenuante de irreprochable conducta anterior “es entendida en el marco de la progresión criminal, que supone que los delincuentes se inician cometiendo ilícitos de escasa entidad, tras lo cual o enmiendan su conducta o inician una “carrera delictual” que implicará realizar acciones cada vez más audaces... la sociedad les brinda la posibilidad de disminuir la pena de su primer ilícito, en el entendido que la condena servirá

²²⁷ Proyecto de Ley N° 4396-2007. 2. 08. 06 [en línea] <<http://sil.congreso.cl/pags/index.html>> [citado 04. 08. 2008] “Artículo único: Modifíquese el Código Penal del siguiente modo: 1.-... 2.- Incorpórese el siguiente artículo 368 ter: Artículo 368 ter.- Cuando las víctimas de los delitos previstos en los dos párrafos anteriores fuera un menor de edad no procederá a favor de los responsables la atenuante sexta contenida en el artículo 11°.”

²²⁸ Proyecto de Ley N° 4931-2007. 3. 04. 07 [en línea] <<http://sil.congreso.cl/pags/index.html>> [citado 04. 08. 2008] “Artículo único: Incorpórese, en el Código Penal, el siguiente inciso segundo a su artículo 11°: “La atenuante indicada en el numeral 6 del inciso primero no procederá respecto de los responsables de los delitos señalados en los artículos 141 inciso final; 142 inciso primero, numeral 1; 372 bis; 390; 391 numeral 1 ° y 433 numeral 1.”

para su rehabilitación definitiva... sin embargo, resulta evidente que una persona que en su primera transgresión a la legislación penal comete un delito de extrema gravedad, traspasó ese umbral de perdón y disculpa social, propicia para la reinserción”.

Los delitos considerados como de extrema gravedad por el proyecto de ley son aquellos que tienen como pena máxima el presidio perpetuo, a saber: secuestro con resultado de homicidio, violación o lesiones graves; secuestro de menores imponiendo exigencias o causando lesiones a la víctima; violación con resultado de homicidio, parricidio y homicidio calificado y robo con violencia o intimidación, seguido de homicidio, violación o lesiones graves.

2.- ¿Es legítimo establecer a priori que ante determinados delitos no cabe la atenuante de irreprochable conducta anterior?

La respuesta no es simple, hay argumentos en sentidos opuestos; por una parte son numerosas las disposiciones que establecen circunstancias modificatorias especiales para determinados delitos, como las agravantes establecidas en los artículos 368, 400 y 401 del C.P.; pero el caso específico de limitación de una atenuante para determinados delitos no se ha realizado hasta el momento.

Aplicando el principio “a maiori ad minus” podríamos concluir que siendo legítimo establecer agravantes para determinados delitos es perfectamente posible establecer limitaciones a una atenuante para los mismos.

Pero es necesario no perder de vista ciertas diferencias existentes entre circunstancias agravantes y atenuantes. Las primeras expresan un plus de disvalor no reflejado por el tipo penal base y ello les otorga su legitimidad,

mientras que las atenuantes se fundan en los principios de culpabilidad, igualdad y resocialización²²⁹.

Por ende, parece más lógico aumentar el mínimo de la pena si lo que se pretende es reflejar el mayor disvalor de determinados ilícitos, pero la restricción de una circunstancia atenuante sólo debería basarse en la ausencia de los requisitos que la fundan.

Si concurren o no los requisitos para configurar la atenuante de irreprochable conducta anterior, es una cuestión que le compete exclusivamente al tribunal que juzga el caso concreto, según lo planteado en esta investigación.

A lo cual cabe agregar que establecer a priori la limitación de la atenuante para ciertos delitos implicaría presumir de derecho la reprochable conducta anterior de sus autores, lo que no es equivalente a presumir legalmente la responsabilidad penal (prohibida constitucionalmente), pero igualmente debe descartarse mientras no se ofrezca una argumentación coherente y basada en principios que avale esta decisión.

Ninguno de los proyectos de ley estudiados entrega razones suficientes que justifiquen una modificación de la atenuante en el sentido que se pretende, por lo que debe rechazarse una modificación de este tipo.

²²⁹ Consultar página 71.

3.- Propuesta del Anteproyecto de Código Penal Chileno

El anteproyecto de código penal chileno (en adelante ACPCH)²³⁰ modifica las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, provocando una disminución en su número luego de haber refundido algunas circunstancias.

La comisión Acosta - Feller, encargada de analizar las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, se mostró dividida al discutir la eliminación de esta circunstancia atenuante, constatándose las siguientes posturas²³¹:

a.- Supresión de la atenuante

El profesor Juan Domingo Acosta se manifestó partidario de suprimir la atenuante, debido a que ésta se basaría en la personalidad del sujeto y no en el hecho delictivo. Por lo tanto, su rechazo a la atenuante se funda en una vinculación de la misma con el derecho penal de autor.

Según esta línea argumentativa, la conservación de la atenuante de irreprochable conducta anterior sería incoherente con la decisión de eliminar la agravante de reincidencia, ya que ambas circunstancias modificatorias se basarían en un mismo elemento: la vida previa del autor del delito.

²³⁰ ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL CHILENO DE 2005, Elaborado por la Comisión Foro Penal. [en línea] <http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf> [citado 13. 08. 2008] Esta comisión fue creada el 12 de Junio de 2003, mediante el D. N° 443 del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial el 4 de Julio de 2003.

²³¹ MATERIALES DE DISCUSIÓN PRESENTADOS A LA COMISIÓN FORO PENAL, PARTE GENERAL. [en línea] <http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_2.pdf> [citado 13. 08. 2008] Página 157.

Propone que la irreprochable conducta anterior se incorpore “como uno de los parámetros que debe considerar el juez para medir la culpabilidad y la pena consiguiente, dentro del marco penal fijado por el delito”²³², pero sin que constituya una atenuante autónoma.

b.- Modificación de la formulación de la atenuante

El profesor Claudio Feller estimó necesaria la mantención de la atenuante, pero modificando su formulación, acercándose a la redacción empleada por el Código Penal de Colombia²³³.

Respecto a la fundamentación de la atenuante, adhirió a la planteada por Enrique Cury, señalando que una circunstancia atenuante de este tipo es compatible con el Derecho Penal de Actos, ya que a diferencia de la reincidencia, considera la vida pasada del sujeto para disminuir la pena. Además, propuso “debatir sobre la posibilidad de que el tribunal pueda apreciar la atenuante no obstante la existencia de condena penal anterior cuando la entidad de ese delito o sus circunstancias reflejen un grado de injusto o de culpabilidad mínimos”²³⁴.

La comisión Foro Penal, durante la sesión 27^a ²³⁵, debatió la propuesta de la comisión Acosta – Feller, resultando con una clara mayoría la segunda postura, basándose en fundamentos político criminales como: la “constatación de la

²³² PROPUESTA COMISIÓN ACOSTA – FELLER. Circunstancias Modificadorias de la Responsabilidad Penal. Página 3.

²³³ Ver anexo n° 6.

²³⁴ PROPUESTA COMISIÓN ACOSTA – FELLER. Op. cit. Página 4.

²³⁵ MATERIALES DE DISCUSIÓN PRESENTADOS A LA COMISIÓN FORO PENAL, PARTE GENERAL. Op. cit. Página 157.

pena privativa de libertad como desocializadora; en consecuencia, por razones de prevención especial positiva, conveniencia de que el primer contacto con el sistema penal sea un contacto atenuado”²³⁶. Sin embargo y debido a la incoherencia planteada por el profesor Acosta se decidió posponer el debate para cuando se discutiera la eliminación de la agravante de reincidencia.

Durante la sesión 29^a, tras la eliminación de la agravante de reincidencia, se acordó mantener en el catálogo de atenuantes una circunstancia similar a la irreprochable conducta anterior, rechazando que los argumentos esgrimidos para eliminar la agravante de reincidencia sirvieran para suprimir la atenuante objeto de esta investigación.

A pesar que durante esta sesión se decidió adoptar una formulación objetiva de la atenuante limitada a condenas anteriores por crímenes o simples delitos²³⁷, la redacción final que consagra el ACPCH es la siguiente:

“§ 3. De las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal.

Art. 7º. Son circunstancias atenuantes:...

3ª. No haber sido condenado anteriormente por delito”²³⁸.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ CUADRO COMPARATIVO PARA TRABAJO EN SESIONES DEL FORO PENAL. Basado en las propuestas de la Comisión Acosta – Feller y las observaciones y decisiones del Foro Penal. Actualizado hasta la sesión 33ª. La redacción tentativa a la que se arribó fue: “No haber sido el sujeto condenado anteriormente por crimen o simple delito [No haber sido anteriormente objeto de sentencia condenatoria ejecutoriada por crimen o simple delito]. Con todo no recibirá aplicación esta atenuante cuando el sujeto hubiese sido condenado por [2 o más] faltas idénticas, dictadas dentro de un periodo no superior a [un año] contado hacia atrás desde el momento [del hecho que da motivo a la actual sentencia]”.

²³⁸ ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL CHILENO DE 2005. Op. cit. Pagina 3.

4.- Observaciones a la formulación propuesta por el ACPCH

La Comisión Foro Penal adoptó finalmente una redacción distinta a la propuesta durante la sesión 29ª, cuya formulación era evidentemente compleja.

Sin embargo, al eliminar el tratamiento diferenciado de condenas por crímenes y simples delitos por un lado y condenas por faltas por otro²³⁹, la única interpretación que cabe es que no sería posible para el juez admitir la atenuante si existe condena previa, aunque dicha condena corresponda a un delito culposo o a una falta y hayan transcurrido muchos años entre la anterior condena y el nuevo delito²⁴⁰.

Según esta formulación, las facultades del tribunal se verían sumamente disminuidas, claramente tampoco le sería posible rechazar la atenuante si el sujeto no registra condenas previas, a pesar de la existencia de indicios fehacientes que indiquen un comportamiento previo reprobable en el ámbito ético con trascendencia en lo social.

También es posible observar que la eliminación de antecedentes no influiría en la apreciación de la atenuante, ya que el requisito exigido sería inexistencia de condenas ejecutoriadas previas y no ausencia de condenas en el extracto de filiación.

Aplicando el análisis realizado al estudiar el ámbito de extensión de la atenuante de irreprochable conducta anterior²⁴¹, podemos señalar que la

²³⁹ Consultar pie de página N° 237.

²⁴⁰ Esta posibilidad podría plantearse vía cláusula de analogía, si se logra un argumento que vincule estos casos con el fundamento de la atenuante 3ª “ausencia de condenas previas”.

²⁴¹ Ver página 82.

formulación objetiva adoptada por el ACPCH satisface, en menor medida que la formulación actual de la atenuante, los requerimientos necesarios para configurar la presunción que le sirve de fundamento. Ya que, según lo expuesto en el capítulo II, la ausencia de condenas previas es un indicio de menor necesidad de resocialización (y por ende de pena) que puede ser desvirtuado mediante otros “indicios fehacientes”, ya que finalmente cada uno de estos indicios son hechos base de presunciones.

Considerar estos “indicios fehacientes” a la hora de determinar la procedencia de una circunstancia atenuante como la estudiada en esta memoria, lejos de vulnerar algún principio de nuestro ordenamiento jurídico, resulta en todo conveniente a fin de otorgar la mayor cantidad de antecedentes al tribunal que puedan ser útiles en el propósito de lograr una adecuada individualización de la pena.

B. SISTEMA DE NUMERUS CLAUSUS CON CLAUSULA DE ANALOGÍA

En el primer capítulo de esta memoria se indicó que nuestro Código adopta un sistema de numerus clausus en cuanto a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, también se explicó someramente que el objetivo de la atenuante analógica residual contemplada por el Código Penal español es salvar las posibles omisiones del legislador, permitiendo considerar circunstancias que no estando expresamente señaladas en el catálogo de atenuantes, se basan en el mismo fundamento de alguna de las que sí se señalan expresamente. Asimismo se expuso que uno de los objetivos del sistema de numerus clausus es restringir al máximo el arbitrio judicial.

Respecto al sistema de atenuantes con cláusula de analogía, como el que pretende el ACPCH, podemos advertir que no implica la adopción de un sistema de numerus apertus, ya que este último considera una total libertad para el tribunal a la hora de determinar los hechos que justificarían la disminución de la pena.

La formulación propuesta por el anteproyecto en su artículo 7º es:

“Art. 7º. Son circunstancias atenuantes: ...

6ª. Cualquier otra circunstancia de análoga significación a las anteriores”²⁴².

El valor de esta disposición radica en su orientación hacia un Derecho Penal de garantías, donde las circunstancias particulares de cada caso pueden influir en una mejor individualización de la pena, lo cual la hace del todo conveniente.

²⁴² ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL CHILENO DE 2005. Op. cit. Pagina 3.

CONCLUSIÓN

De lo expuesto en los cuatro capítulos precedentes, podemos concluir lo siguiente:

1.- Una circunstancia atenuante basada en la conducta del sujeto anterior al delito, no es extraña a la sistemática del Código Penal Chileno

En el primer capítulo (apoyándonos en la investigación del profesor Bernardino Bravo) logramos concluir que existe una conexión indirecta entre los códigos penales de Austria (de 1803) y Chile, mediante los códigos de Brasil y España. Por ende, la incorporación de la atenuante de irreprochable conducta anterior a nuestro código penal implica simplemente la revaloración de un elemento que, habiendo sido eliminado en las legislaciones española y brasileña, fue considerado necesario por la comisión redactora del C.P. Chileno.

Por otra parte, y en relación a la coherencia de la irreprochable conducta anterior con las demás atenuantes establecidas en el artículo 11 del C.P., se explicó que nuestro catálogo de atenuantes, a diferencia del español de 1850, basa su sistema en diversos fundamentos y no sólo en una disminución de la culpabilidad, lo cual no resulta contradictorio con el espíritu del código, constituyendo sólo un intento de adaptar las normas previstas en la legislación extranjera para hacerlas aplicables a la realidad y necesidades nacionales²⁴³.

²⁴³ La diversidad de fundamentos que inspiran el sistema de atenuantes resulta absolutamente coherente con un derecho penal de garantías, ya que permite una mejor individualización de la pena. Actualmente el Código Penal Español también contempla atenuantes basadas en diferentes fundamentos. Ver anexo nº 17.

2.- Relación Derecho Penal de Autor – Atenuante de Irreprochable Conducta Anterior

Entre las críticas que se han formulado a la atenuante objeto de esta investigación, se encuentra aquella que la considera reprobable debido a su vinculación con el derecho penal de autor. Respecto a esta crítica podemos constatar lo siguiente:

a.- Existencia de una vinculación evidente: la irreprochable conducta anterior como circunstancia atenuante implica la apreciación de una característica personal del sujeto como relevante al determinar la pena, siendo ésta su vinculación evidente con el Derecho Penal de Autor.

Pero si consideramos los fundamentos por los cuales se rechaza el Derecho Penal de Autor, podemos apreciar que la atenuante de irreprochable conducta anterior no comparte sus defectos²⁴⁴, ya que no vulnera los principios: non bis in idem, del Hecho ni de Culpabilidad.

Podríamos afirmar que la atenuante en cuestión sólo comparte una característica (la apreciación de elementos de la personalidad del sujeto) con el Derecho Penal de Autor, o simplemente clasificarla como derecho penal de autor, pero en nada censurable²⁴⁵.

²⁴⁴ Incluso si se fundara la atenuación de la responsabilidad penal en el criterio de la peligrosidad (a diferencia de los casos en que este criterio se utiliza para fundamentar la responsabilidad penal o su agravación).

²⁴⁵ Esta última alternativa es a la que adhieren Claus Roxin y Luzón Peña. Ver página 19.

b.- Aparente vinculación a través del criterio de la peligrosidad: el derecho penal de autor utiliza generalmente el criterio de la peligrosidad²⁴⁶ para determinar las conductas constitutivas de delito; a su vez este criterio es comúnmente esgrimido para fundamentar la atenuante de irreprochable conducta anterior por parte de la doctrina, pero como se verá en el punto 5 de esta conclusión, existe una fundamentación alternativa de la atenuante objeto de esta investigación.

3.- El estudio del derecho comparado nos indica que este tipo de circunstancia es considerada en muchos países para justificar la disminución de la pena

Mediante diversas formulaciones, la vida pasada del sujeto se contempla como atenuante de la responsabilidad penal en la legislación extranjera.

Entre aquellos códigos que regulan de manera separada circunstancias agravantes y atenuantes, la formulación chilena vigente puede clasificarse en un punto medio de exigibilidad, ya que no requiere un comportamiento meritorio (como ocurre en la legislación cubana y boliviana), ni se satisface únicamente con la mera ausencia de condenas previas²⁴⁷ (como en la legislación colombiana).

Las diferentes formulaciones observadas responden a los distintos fundamentos que las originan, entre los cuales se hallan: otorgamiento de una

²⁴⁶ Como se indicó en la página 71, según este criterio la sanción se establece en consideración a la persona que comete el delito y no en relación al hecho punible mismo, debido a lo cual este criterio es una manifestación de Derecho Penal de Autor.

²⁴⁷ Según se desprende del tenor literal de la disposición. Esta interpretación requiere ser complementada con lo que se expone sobre el principio de presunción de inocencia.

gracia en base el mérito, el principio de resocialización, exigencias de prevención especial, la menor peligrosidad del sujeto y el principio de igualdad.

4.- Límites de la Pena

Siguiendo la teoría de la pena unificadora dialéctica, podemos concluir que los límites de la misma estarían dados por: el Principio de Culpabilidad, en su límite superior, de modo que “la pena no puede rebasar en su duración la medida de la culpabilidad, aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una detención más prolongada”²⁴⁸, y por Principios de Prevención General y Especial en su límite inferior. Ante el conflicto entre principios preventivos, debería preferirse la Prevención Especial hasta cierto grado, ya que la pena no puede ser reducida hasta el punto que la sanción no se considere seria por la comunidad (mínimo preventivo general)²⁴⁹.

5.- Fundamento de la atenuante de irreprochable conducta anterior

Al respecto existen dos posibilidades que merecen ser destacadas:

a.- Basar la atenuante en el criterio de la peligrosidad, según el cual, la irreprochable conducta anterior sería un indicio de menor peligrosidad del sujeto.

b.- Basar la atenuante en principios de política criminal ampliamente aceptados, según los cuales, la atenuante en cuestión constituye un indicio de menor necesidad de resocialización del autor del delito, basado en la presunción de que el hecho delictual constituye una conducta excepcional en la

²⁴⁸ ROXIN, Claus. “Derecho Penal. Parte General”. Op. Cit. Página 97.

²⁴⁹ Consultar página 48.

vida del sujeto, debido a que hasta ese momento ha mantenido un permanente acatamiento a la ley penal y a las expectativas ético sociales imperantes.

Este indicio de menor necesidad de resocialización justifica una disminución de la pena, debido a que se entienden alcanzados, en cierta medida, algunos fines de la misma (específicamente la corrección como finalidad preventivo especial), haciendo innecesaria aplicarla en todo su rigor. Por ende, la atenuante de irreprochable conducta anterior se funda en los siguientes principios limitadores del ius puniendi estatal: Resocialización, Necesidad de la pena y Subsidiariedad del Derecho penal, y asimismo resulta ser consecuencia necesaria de finalidades preventivo especiales de la pena.

La primera alternativa de fundamentación (el criterio de la peligrosidad), constituye la antítesis de la prevención especial positiva²⁵⁰. Mientras que la primera centra su análisis en el nivel de riesgo que representa un individuo para la sociedad, la segunda se inspira en el principio de resocialización y pretende evitar, dentro de lo posible, el efecto criminógeno del ambiente carcelario y la estigmatización y consecuente marginación de quien habiendo cumplido su condena recupera su libertad.

Por tanto, a pesar de la posibilidad de fundar la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior en el criterio de la peligrosidad, la segunda fundamentación es preferible, ya que responde mejor a los principios derivados de la teoría de los fines de la pena y limitadores del ius puniendi estatal

Asimismo, podemos concluir que no es acertado asimilar esta atenuante con la agravante de reincidencia, ya que a pesar de que ambas miran hacia la conducta pasada del individuo, tienen fundamentos con efectos absolutamente

²⁵⁰ Entendiendo el principio de Resocialización en el sentido expuesto en la página 62.

distintos. Según la argumentación expuesta, la atenuante se basa en principios ampliamente aceptados, mientras que la agravante de reincidencia sólo se justifica mediante el criterio de la peligrosidad, padeciendo todos los defectos que su aplicación implica al fundar la agravación de la responsabilidad penal (vulneración de los principios non bis in idem, del hecho y culpabilidad).

6.- Objetivos de la atenuante

Una atenuante inspirada en necesidades de prevención especial y principios como la Resocialización, Subsidiariedad del Derecho Penal y Necesidad de la Pena, tiene como principal objetivo servir de herramienta en la tarea de ofrecer alternativas a la pena privativa de libertad, evitando con ello los nefastos efectos del sistema carcelario (especialmente entre quienes ingresan por primera vez en él).

Por tanto, entre sus objetivos podemos mencionar que intenta evadir el efecto desocializador, estigmatizador y criminógeno de la pena privativa de libertad.

7.- Ámbito de extensión de la atenuante: Formulación Objetiva / Formulación Actual de la atenuante

El desarrollo de este tema nos permite decidir adecuadamente entre las diferentes formulaciones que existen para consagrar una atenuante relativa a la vida previa del autor del delito.

Del estudio de los elementos de la formulación vigente de la atenuante en nuestro país, podemos concluir que “Considerando que el fundamento principal de la atenuante de irreprochable conducta anterior, es la menor necesidad de

resocialización del autor del delito, la apreciación de la procedencia de dicha atenuante implica un juicio sobre el nivel de desocialización del individuo que requerirá la mayor cantidad de antecedentes posibles sobre su conducta previa”²⁵¹.

La formulación objetiva restringe el análisis (para determinar la procedencia de la atenuante) al ámbito estrictamente penal, lo que implica tácitamente presumir de derecho la menor necesidad de resocialización del individuo en caso de ausencia de anotaciones en el extracto de filiación, lo que constituye una presunción cuyo hecho base es más débil que aquel que sostiene a la interpretación de la doctrina mayoritaria, ya que esta última basa su presunción de menor necesidad de resocialización y por ende de pena, en más antecedentes que la primera (análisis del extracto de filiación y del comportamiento ético con trascendencia social previo al delito).

En este mismo orden de ideas, la presunción sobre la que se basa este tipo de atenuante requiere de un indicio suficientemente sólido que la justifique. Requisito que la formulación objetiva satisface en menor medida que la formulación actual de la atenuante, ya que esta última aporta mayores antecedentes que corroboran la menor necesidad de resocialización.

Por tanto, entre la redacción actual y la formulación objetiva de la atenuante debe preferirse la primera, ya que responde mejor a los principios político criminales en que se funda la atenuante.

²⁵¹ Ver página 82.

8.- Tendencias Jurisprudenciales en la Interpretación de la Atenuante

Mediante el examen jurisprudencial pudimos observar las siguientes tendencias interpretativas:

a.- Existiendo un extracto de filiación libre de antecedentes se concede la atenuante, habida cuenta del principio de presunción de inocencia.

Entre las excepciones a este criterio, los casos más interesantes se refieren al rechazo de la atenuante basándose en la reprochable conducta ética de significación social previa al delito. Cuestión que divide a la jurisprudencia del siguiente modo:

1) Interpretación tradicional de la atenuante: el alcance de la atenuante se extiende al ámbito ético con significación social, cuya influencia en la apreciación de la concurrencia de la atenuante debe determinarse caso a caso. Algunos hechos que se han considerado como constitutivos de un reprobable comportamiento ético con trascendencia en lo social y, por ende, un obstáculo a la procedencia de la atenuante de irreprochable conducta anterior, son los antecedentes eliminados del prontuario, las anotaciones previas por autos de procesamiento, condenas previas en país extranjero y actos de violencia intrafamiliar.

2) Interpretación extensiva de la atenuante: Según esta interpretación, la aplicación del Principio de Inocencia exige que sólo ante la existencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada, anotada en el extracto de filiación previamente a los hechos que se juzgan, puede justificarse el rechazo de la atenuante de irreprochable conducta anterior. Como consecuencia de este razonamiento, el aspecto ético social previo al delito es irrelevante en la

apreciación de la atenuante. Esta interpretación equipara los conceptos presunción de inocencia y presunción de irreprochable conducta anterior.

b.- Se rechaza la atenuante si el extracto de filiación registra condenas previas al delito.

Entre las excepciones a este criterio encontramos los casos en que se considera irrelevante una condena anterior, como por ejemplo tratándose de una condena por un delito culposo, por una falta o en el caso de que hubiese transcurrido mucho tiempo entre la condena y el nuevo delito²⁵².

9.- Problema de la contradicción entre el Principio de Presunción de Inocencia y la Interpretación Tradicional de la Atenuante

Según se analizó en el capítulo III, la irreprochable conducta anterior es un concepto más amplio que la ausencia de reproches penales previos, lo cual se infiere del tenor literal del artículo 11 n° 6 del C.P.

Claramente, la irreprochabilidad de la conducta anterior debe presumirse mientras no existan “indicios fehacientes” que la cuestionen, siendo antecedentes relevantes tanto el reproche penal objetivo (sentencia condenatoria firme) como los hechos que constituyan una reprobable conducta previa de trascendencia social. Pero esta presunción no es sinónimo de presunción de inocencia, aunque ambas se basan en un mismo principio general del Derecho, la Buena Fe.

La presunción de irreprochabilidad de la conducta es más amplia que la presunción de inocencia, ya que no sólo abarca el ámbito jurídico penal, sino

²⁵² Consultar páginas 94 y siguientes.

también el ámbito ético con significación social. Existiendo, entre ambas presunciones, la misma distancia conceptual que entre las nociones de irreprochable conducta anterior e inocencia.

En conclusión, la disposición en cuestión exige no sólo inocencia, sino también un comportamiento exento de tacha en el ámbito ético social, lo cual lejos de vulnerar el principio de presunción de inocencia, resulta en todo conveniente a fin de otorgar la mayor cantidad de antecedentes al tribunal que puedan ser útiles en su propósito de lograr una adecuada individualización de la pena.

10.- Propuestas de Lege Ferenda

a.- En relación a la existencia de un sistema de atenuantes con cláusula de analogía: dicha modificación constituiría un aporte al sistema de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal chileno, ya que permitiría una mejor individualización de la pena a través del desarrollo jurisprudencial.

b.- En cuanto a los proyectos de ley que pretenden limitar la aplicación de la atenuante, impidiendo que se invoquen ante los llamados “delitos de mayor connotación social”: no es recomendable efectuar dichas modificaciones, ya que representan una presunción de derecho de que, en dichos casos, el sujeto posee una reprochable conducta anterior, lo que no es aceptable ya que se trata de un elemento que debe evaluarse caso a caso como lo plantea la doctrina mayoritaria.

c.- En relación a la formulación objetiva de la atenuante propuesta por el ACPCH: este tema fue desarrollado en el punto 7 de esta conclusión, por lo que nos remitimos a lo ya expuesto.

Concluimos finalmente que la atenuante de irreprochable conducta anterior se funda en principios político criminales plenamente vigentes, por lo que su permanencia en el catálogo de atenuantes se encuentra justificada siempre que mantenga su actual redacción, la cual debe preferirse por sobre una formulación objetiva o una interpretación extensiva de la atenuante como la que realiza parte de la jurisprudencia.

ANEXO

Nº 1. Código Penal Alemán:

§ 46. Principios de la fijación de la pena.

(1) La culpabilidad del autor constituye el fundamento para la fijación de la pena. 2 Deben considerarse las consecuencias que son de esperar de la pena para la vida futura del autor en la sociedad.

(2) En la fijación sopesa el tribunal las circunstancias favorables y desfavorables del autor. 2 En esta relación deben tomarse en consideración de manera particular:

- los móviles y objetivos del autor,
- el ánimo, que habla del hecho y la voluntad empleada en el hecho,
- la medida de la violación al deber
- la clase de ejecución y el efecto culpable del hecho,
- los antecedentes de conducta del autor, sus condiciones personales y económicas, así como su conducta después del hecho, especialmente su esfuerzo para reparar el daño, así como el esfuerzo del autor de lograr una acuerdo con la víctima.

(3) No se permite tomar en cuenta circunstancias que ya son características del tipo legal.

Nº 2. Código Penal de Argentina:

ARTICULO 41. - A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

Nº 3. Código Penal de Austria:

34 Besondere Milderungsgründe

(1) Ein Milderungsgrund ist es insbesondere, wenn der Täter

1. die Tat nach Vollendung des achtzehnten, jedoch vor Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres oder wenn er sie unter dem Einfluß eines abnormen Geisteszustands begangen hat, wenn er schwach an Verstand ist oder wenn seine Erziehung sehr vernachlässigt worden ist;*)
2. bisher einen ordentlichen Lebenswandel geführt hat und die Tat mit seinem sonstigen Verhalten in auffallendem Widerspruch steht²⁵³;
3. die Tat aus achtenswerten Beweggründen begangen hat;
4. die Tat unter der Einwirkung eines Dritten oder aus Furcht oder Gehorsam verübt hat;
5. sich lediglich dadurch strafbar gemacht hat, daß er es in einem Fall, in dem das Gesetz die Herbeiführung eines Erfolges mit Strafe bedroht, unterlassen hat, den Erfolg abzuwenden;
6. an einer von mehreren begangenen strafbaren Handlung nur in untergeordneter Weise beteiligt war;
7. die Tat nur aus Unbesonnenheit begangen hat;
8. sich in einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung zur Tat hat hinreißen lassen;
9. die Tat mehr durch eine besonders verlockende Gelegenheit verleitet als mit vorgefaßter Absicht begangen hat;
10. durch eine nicht auf Arbeitsscheu zurückzuführende drückende Notlage zur Tat bestimmt worden ist;
11. die Tat unter Umständen begangen hat, die einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommen;
12. die Tat in einem die Schuld nicht ausschließenden Rechtsirrtum (§ 9) begangen hat, insbesondere wenn er wegen vorsätzlicher Begehung bestraft wird;
13. trotz Vollendung der Tat keinen Schaden herbeigeführt hat oder es beim Versuch geblieben ist;
14. sich der Zufügung eines größeren Schadens, obwohl ihm dazu die Gelegenheit offenstand, freiwillig enthalten hat oder wenn der Schaden vom Täter oder von einem Dritten für ihn gutgemacht worden ist;
15. sich ernstlich bemüht hat, den verursachten Schaden gutzumachen oder weitere nachteilige Folgen zu verhindern;
16. sich selbst gestellt hat, obwohl er leicht hätte entfliehen können oder es wahrscheinlich war, daß er unentdeckt bleiben werde;

²⁵³ “34. Causas de atenuación especiales: ... (1) Una causa de atenuación se da particularmente, si el delincuente... 2. Hasta el momento ha mantenido una conducta ordenada y su comportamiento ha llamado la atención de forma contradictoria a sus actos”.

17. ein reumütiges Geständnis abgelegt oder durch seine Aussage wesentlich zur Wahrheitsfindung beigetragen hat;

18. die Tat schon vor längerer Zeit begangen und sich seither wohlverhalten hat;

19. dadurch betroffen ist, daß er oder eine ihm persönlich nahestehende Person durch die Tat oder als deren Folge eine beträchtliche Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung oder sonstige gewichtige tatsächliche oder rechtliche Nachteile erlitten hat.

(2) Ein Milderungsgrund ist es auch, wenn das gegen den Täter geführte Verfahren aus einem nicht von ihm oder seinem Verteidiger zu vertretenden Grund unverhältnismäßig lange gedauert hat.

Nº 4. Código Penal de Bolivia:

Art. 38º.- (CIRCUNSTANCIAS)

1. Para apreciar la personalidad del autor, se tomará principalmente en cuenta:

a) La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente y posterior del sujeto, los móviles que lo impulsaron a delinquir y su situación económica y social.

b) Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la ejecución del delito y los demás antecedentes y condiciones personales, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones, la calidad de las personas ofendidas y otras circunstancias de índole subjetiva. Se tendrá en cuenta asimismo: la premeditación, el motivo bajo antisocial, la alevosía y el ensañamiento.

2. Para apreciar la gravedad del hecho, se tendrá en cuenta: la naturaleza de la acción, de los medios empleados, la extensión del daño causado y del peligro corrido.

Art. 40º.- (ATENUANTES GENERALES). Podrá también atenuarse la pena:

1. Cuando el autor ha obrado por un motivo honorable, o impulsado por la miseria, o bajo la influencia de padecimientos morales graves e injustos, o bajo la impresión de una amenaza grave, o por el ascendiente de una persona a la que deba obediencia o de la cual dependa.

2. Cuando se ha distinguido en la vida anterior por un comportamiento particularmente meritorio.

3. Cuando ha demostrado su arrepentimiento mediante actos y especialmente reparando los daños, en la medida en que le ha sido posible.

4. Cuando el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley.

Nº 5. Código Penal de Ecuador:

Art. 29.- Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes:

- 1o.- Preceder de parte del acometido provocaciones, amenazas o injurias, no siendo éstas de las calificadas como circunstancia de excusa;
- 2o.- Ser el culpable mayor de sesenta años de edad;
- 3o.- Haber el delincuente procurado reparar el mal que causó, o impedir las consecuencias perniciosas del acontecimiento, con espontaneidad y celo;
- 4o.- Haber delinquido por temor o bajo violencia superables;
- 5o.- Presentarse voluntariamente a la justicia, pudiendo haber eludido su acción con la fuga o el ocultamiento;
- 6o.- Ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción;
- 7o.- Conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso;
- 8o.- Rusticidad del delincuente, de tal naturaleza que revele claramente que cometió el acto punible por ignorancia;
- 9o.- Obrar impulsado por motivos de particular valor moral o social;
- 10o.- La confesión espontánea, cuando es verdadera;
- 11o.- En los delitos contra la propiedad, cuando la indigencia, la numerosa familia, o la falta de trabajo han colocado al delincuente en una situación excepcional; o cuando una calamidad pública le hizo muy difícil conseguir honradamente los medios de subsistencia, en la época en que cometió la infracción; y,
- 12o.- En los delitos contra la propiedad, el pequeño valor del daño causado, relativamente a las posibilidades del ofendido.

Nº 6. Código Penal de Colombia:

Artículo 55. Circunstancias de menor punibilidad. Son circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

1. La carencia de antecedentes penales.
2. El obrar por motivos nobles o altruistas.
3. El obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso.

4. La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible.
5. Procurar voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias.
6. Reparar voluntariamente el daño ocasionado aunque no sea en forma total. Así mismo, si se ha procedido a indemnizar a las personas afectadas con el hecho punible.
7. Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible o evitar la injusta sindicación de terceros.
8. La indigencia o la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.
9. Las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.
10. Cualquier circunstancia de análoga significación a las anteriores.

Nº 7. Código Penal de Cuba:

ARTÍCULO 52. Son circunstancias atenuantes las siguientes:

- a) haber obrado el agente bajo la influencia de una amenaza o coacción;
- b) haber obrado el agente bajo la influencia directa de una persona con la que tiene estrecha relación de dependencia;
- c) haber cometido el delito en la creencia, aunque errónea, de que tenía derecho a realizar el hecho sancionable;
- ch) haber procedido el agente por impulso espontáneo a evitar, reparar o disminuir los efectos del delito, o a dar satisfacción a la víctima, o a confesar a las autoridades su participación en el hecho, o a ayudar a su esclarecimiento;
- d) haber obrado la mujer bajo trastornos producidos por el embarazo, la menopausia, el período menstrual o el puerperio;
- e) haber mantenido el agente, con anterioridad a la perpetración del delito, una conducta destacada en el cumplimiento de sus deberes para con la Patria, el trabajo, la familia y la sociedad;
- f) haber obrado el agente en estado de grave alteración psíquica provocada por actos ilícitos del ofendido;
- g) haber obrado el agente obedeciendo a un móvil noble;
- h) haber incurrido el agente en alguna omisión a causa de la fatiga proveniente de un trabajo excesivo.

Nº 8. Código Penal de Uruguay:

De las circunstancias atenuantes

ARTICULO 46. Atenúan el delito cuando no hubieran sido especialmente contempladas por la ley al determinar la infracción, las siguientes:

1º. (Legítima defensa incompleta)- La legítima defensa propia o ajena, cuando no concurrieren en ella todos los requisitos exigidos por la ley.

2º. (Intervención de terceros en el estado de necesidad)- El estado de necesidad, cuando el agente ejecutare el hecho para prevenir el daño que amenazare a un tercero extraño, o faltare alguno de sus elementos esenciales.

3º. (Cumplimiento de la ley y obediencia al superior)- El mandato de la ley y la obediencia al superior, cuando fuere presumible el error respecto de la interpretación de la primera, o faltara alguno de los requisitos que caracterizan la segunda.

4º. (La embriaguez voluntaria y la culpable)- La embriaguez voluntaria que no fuere premeditada para cometer el delito, y la culpable plena, y la producida por fuerza mayor o caso fortuito, semiplena.

5º. (Minoría de edad).- La edad, cuando el agente fuere menor de 21 años y mayor de 18.

6º. (Sordomudez)- La sordomudez, cuando el autor tuviera más de 18 años y fuera declarado responsable.

7º. (Buena conducta)- La buena conducta anterior

8º. (Reparación del mal)- El haber procurado, por medios eficaces, la reparación del mal causado o la atenuación de sus consecuencias.

9º. (Presentación a la autoridad)- El haberse presentado a la autoridad, confesando el delito, cuando de las circunstancias resultare que el agente pudo sustraerse a la pena, por la ocultación o la fuga.

10º. (Móviles jurídicos altruistas o sociales)- El haber obrado por móviles de honor o por otros impulsos de particular valor social o moral.

11º. (La provocación)- El haber obrado bajo el impulso de la cólera, producida por un hecho injusto, o el haber cometido el delito en estado de intensa emoción, determinada por una gran desventura.

12º. (Colaboración con las autoridades judiciales)- El colaborar eficazmente con las autoridades judiciales en el esclarecimiento de un delito.

13º. (Principio general)- Cualquier otra circunstancia de igual carácter, o análoga a las anteriores.

Nº 9. Código Penal de Nicaragua:

Circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal

Art. 29.- Son circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal:

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

2º La de ser el culpable menor de veintiún años de edad, que no esté exento de responsabilidad criminal.

3º La de haber procedido inmediatamente de parte del ofendido provocación o amenaza, proporcionada al delito.

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

5º La de ejecutarse el hecho en estado de embriaguez, cuando esta no fuere habitual o posterior al proyecto de cometer el delito.

6º La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación, en su caso.

7º La conducta anterior constantemente buena del delincuente.

8º Haber procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

9º Denunciarse y confesar su delito si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose no lo hace.

10º No resultar del proceso contra el reo otro antecedente que su espontánea confesión.

11º Haberse ejecutado el delito o falta a consecuencia de seducción o influjo de un superior o de una autoridad.

12º Haber obrado por celo de justicia.

13º La decrepitud.

14º Haberse quedado el reo por consecuencia del hecho que se le imputa, con alguna deformidad, enfermedad, defecto o impedimento permanente o de mayor duración que la pena que va a imponérsele.

15º Ser el reo de escaso discernimiento o de una instrucción tan limitada que no sepa ni leer ni escribir, siempre que en los dos casos se comprenda que el reo necesitaba de las condiciones indicadas para apreciar en todo su valor el hecho imputado.

16º Cualquier otra circunstancia de igual carácter, análogas a las anteriores apreciadas por el juez por informes obtenidos sobre la personalidad del reo.

17º Haber obrado en reacción a un notable abuso de autoridad realizado por la víctima.

Nº 10. Código Penal de Paraguay:

Artículo 65.- Bases de la medición

1º La medición de la pena se basará en la reprochabilidad del autor y será limitada por ella; se atenderán también los efectos de la pena en su vida futura en sociedad.

2º Al determinar la pena, el tribunal sopesará todas las circunstancias generales en favor y en contra del autor y particularmente:

los móviles y los fines del autor;

la actitud frente al derecho;

la intensidad de la energía criminal utilizada en la realización del hecho;

el grado de ilícito de la violación del deber de no actuar o, en caso de omisión, de actuar;

la forma de la realización, los medios empleados, la importancia del daño y del peligro, y las consecuencias reprochables del hecho;

la vida anterior del autor y sus condiciones personales y económicas; y

la conducta posterior a la realización del hecho y, en especial, los esfuerzos para reparar los daños y reconciliarse con la víctima.

3º En la medición de la pena, ya no serán consideradas las circunstancias que pertenecen al tipo legal.

Artículo 65.- Bases de la medición

1º La medición de la pena se basará en la reprochabilidad del autor y será limitada por ella; se atenderán también los efectos de la pena en su vida futura en sociedad.

2º Al determinar la pena, el tribunal sopesará todas las circunstancias generales en favor y en contra del autor y particularmente:

los móviles y los fines del autor;

la actitud frente al derecho;

la intensidad de la energía criminal utilizada en la realización del hecho;

el grado de ilícito de la violación del deber de no actuar o, en caso de omisión, de actuar;

la forma de la realización, los medios empleados, la importancia del daño y del peligro, y las consecuencias reprochables del hecho;

la vida anterior del autor y sus condiciones personales y económicas; y

la conducta posterior a la realización del hecho y, en especial, los esfuerzos para reparar los daños y reconciliarse con la víctima.

3º En la medición de la pena, ya no serán consideradas las circunstancias que pertenecen al tipo legal.

Nº 11. Código Penal de Portugal:

Artículo 71.

1 - A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.

2 - Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente:

a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;

b) A intensidade do dolo ou da negligência;

c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;

d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica;

e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime;

f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.

3 - Na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena.

Artículo 72. Atenuação especial da pena.

1 - O tribunal atenua especialmente a pena, para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena²⁵⁴.

Nº 12. Código Penal de Brasil:

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei²⁵⁵.

Nº 13. Código Penal Italiano:

Art. 62 Circostanze attenuanti comuni

²⁵⁴ “1- El tribunal atenúa la pena, más allá de los casos especialmente previstos por la ley cuando existan circunstancias anteriores o posteriores al crimen, o contemporáneas a él, que disminuyan en forma acentuada la ilicitud del hecho, la culpabilidad del agente o la necesidad de la pena.”

²⁵⁵ “La pena podrá ser también atenuada en razón de circunstancia relevante, anterior o posterior al crimen, aunque no haya sido prevista expresamente por la ley.”

Attenuano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali, le circostanze seguenti:

- 1) l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale;
- 2) l'aver agito in stato di ira, determinato da un fatto ingiusto altrui;
- 3) l'aver agito per suggestione di una folla (muchedumbre) in tumulto, quando non si tratta di riunioni (reunion) o assembramenti vietati (prohibida) dalla legge o dall'Autorita', e il colpevole non e' delinquente o contravventore abituale o professionale, o delinquente per tendenza²⁵⁶;
- 4) l'aver, nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di speciale tenuita', ovvero, nei delitti determinati da motivi di lucro, l'aver agito per conseguire o l'aver comunque conseguito un lucro di speciale tenuita', quando anche l'evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuita';
- 5) l'essere concorso a determinare l'evento, insieme con l'azione o l'omissione del colpevole, il fatto doloso della persona offesa;
- 6) l'aver, prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni; o l'essersi, prima del giudizio e fuori del caso preveduto nell'ultimo capoverso dell'articolo 56, adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato.

Art. 62 bis Attenuanti generiche

Il giudice, indipendentemente dalle circostanze prevedute nell'art. 62, puo' prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena. Esse sono considerate, in ogni caso, ai fini della applicazione di questo capo, come una sola circostanza, la quale puo' anche concorrere con una o piu' delle circostanze indicate nel predetto articolo 62²⁵⁷.

Nº 14. Código Penal de Suiza:

Art. 48

Il giudice attenua la pena se:

a. l'autore ha agito:

²⁵⁶ “El haber actuado por sugestión de la muchedumbre en un tumulto, cuando no se trata de una reunión o asamblea prohibida por la ley o por la autoridad, y el culpable no es un delincuente o contraventor habitual, o profesional o delincuente por tendencia”.

²⁵⁷ “El juez, independiente de las circunstancias previstas en el art. 62, podrá tomar en consideración otras circunstancias diferentes, en caso que él sostenga que circunstancias justifican una disminución de la pena. Ellas son consideradas en cada casi a fin de aplicarlas como una sola circunstancia, la que puede concurrir con una de las circunstancias indicadas en el antedicho artículo 62.”

1. per motivi onorevoli,
2. in stato di grave angustia,
3. sotto l'impressione d'una grave minaccia,
4. ad incitamento di una persona a cui doveva obbedienza o da cui dipendeva;
- b. l'autore è stato seriamente indotto in tentazione dalla condotta della vittima;
- c. l'autore ha agito cedendo a una violenta commozione dell'animo scusabile per le circostanze o in stato di profonda prostrazione;
- d. l'autore ha dimostrato con fatti sincero pentimento, specialmente se ha risarcito il danno per quanto si potesse ragionevolmente pretendere da lui;
- e. la pena ha manifestamente perso di senso visto il tempo trascorso dal reato e da allora l'autore ha tenuto buona condotta²⁵⁸.

Nº 15. Código Penal de Perú:

Artículo 21.- Responsabilidad restringida

En los casos del artículo 20º, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

Artículo 22.- Responsabilidad restringida por la edad

Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción.

Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.(*).

(*). Artículo vigente conforme a la modificación establecida por el Artículo Unico de la Ley Nº 27024, publicada el 25.12.98.

CAPITULO II: APLICACION DE LA PENA

Artículo 45.- Presupuestos para fundamentar y determinar la pena

El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:

1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;
2. Su cultura y sus costumbres; y
3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.

²⁵⁸ “la pena ha perdido manifiestamente su sentido visto el tiempo transcurrido desde el crimen y que desde entonces el autor ha tenido buena conducta”.

Artículo 46.- Individualización de la pena

Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente:

1. La naturaleza de la acción;
2. Los medios empleados;
3. La importancia de los deberes infringidos;
4. La extensión del daño o peligro causados;
5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión;
6. Los móviles y fines;
7. La unidad o pluralidad de los agentes;
8. La edad, educación, situación económica y medio social;
9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;
10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto; y
11. Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.

El Juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima.

Nº 16. Código Penal de Francia:

Artículo 132-24

En los límites establecidos por la ley, el órgano jurisdiccional impondrá las penas y fijará su régimen en función de las circunstancias de la infracción y de la personalidad de su autor. Cuando el órgano jurisdiccional imponga una pena de multa, determinará su importe teniendo en cuenta igualmente los recursos y las cargas del autor de la infracción.

Nº 17. Código Penal de España:

Artículo 21

Son circunstancias atenuantes:

- 1ª. Las causas expresadas en el Capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.
- 2ª. La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2º del artículo anterior.
- 3ª. La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

4ª. La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.

5ª. La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

6ª. Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.

Nº 18. Código Penal de México:

ARTICULO 51 - Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial...

ARTICULO 52 - El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I - La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II - La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III - Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV - La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V - La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI - El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VII - Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Nº 19. Relación entre los antecedentes penales del condenado y las atenuantes acogidas²⁵⁹.

	Frecuencia condenas	Frecuencia condenas con atenuante 11 N°6 acogida	% acogido con atenuante 11 N°6 acogida
Sin antecedentes penales ²⁶⁰	303	245	81%
Detenido o procesado con anterioridad	64	22	34%

²⁵⁹ FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA. “Estudio Empírico de las Penas en Chile”. 2001. [en línea] <<http://www.cejamericas.org/doc/documentos/Estudioempiricodepenas.pdf>> [citado 15. 08. 2008]

²⁶⁰ La expresión “sin antecedentes penales” utilizada por la investigación realizada por la Fundación Paz Ciudadana comprende a todos aquellos sujetos que no registran detención, proceso o condena anterior.

BIBLIOGRAFÍA

1.- Fuentes Doctrinarias

ARISTÓTELES. “Ética a Nicómaco”. Madrid. España. Centro de Estudios Constitucionales. 1985.

BACIGALUPO, Enrique. “Derecho Penal. Parte General”. 2ª Edición. Buenos Aires. Argentina. 1999.

BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. Curso de Derecho Penal. Parte General I. Apuntes de clases. 2002.

BRAVO LIRA, Bernardino. “Bicentenario del Código Penal de Austria. Su proyección desde el Danubio a Filipinas”. Rev. estud. Hist.-juríd. [en línea]. 2004. no. 26. p.115-155. Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552004002600005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0716-5455 [citado 21 Enero 2008].

BULLEMORE, Vivian. “Apuntes de Derecho Penal. Parte General II”. Santiago. Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias Penales. 2002.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Control Social y Sistema Penal”. Barcelona. España. Editorial Promociones Publicaciones Universitarias. 1987.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. “Manual de Derecho Penal: Parte General”. Barcelona. España. Editorial Ariel. 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan - HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Lecciones de Derecho Penal”. Madrid. España. Editorial Trotta. 1997. Vol. I y II.

CAFFARENA DE JILES, Elena. “Diccionario de Jurisprudencia Chilena”. Santiago. Chile. Editorial Jurídica. 1959.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". 4ª Edición. Valencia. España. Editorial Tirant lo Blanch. 1996.

CUELLO CALON, Eugenio. "Derecho Penal. Parte General". 15ª Edición. Barcelona. España. Editorial Bosch. 1967. Tomo I.

CURY, Enrique. "La Prevención Especial como límite de la pena". En ADPCP. Tomo XXXXI. Fascículo III. 1988.

CURY URZÚA, Enrique. "Derecho Penal: Parte General". Santiago. Chile. Ediciones Universidad Católica. 2005.

DICCIONARIO REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. [en línea] 22ª Edición. <http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=conducta> [consulta: 21 Abril de 2008]

DIDEROT, Denis - D'ALEMBERT, Jean Le Rond. "La Enciclopedia (Artículos Políticos)". Madrid. España. Editorial Tecnos. 1986.

ETCHEBERRY, Alfredo. "El Derecho Penal en la Jurisprudencia, Parte General". Santiago. Editorial Jurídica de 1987. Tomo I.

ETCHEBERRY, Alfredo. "Derecho Penal". 3ª Edición. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1998. Tomo II.

FERIA H., Jessica. GUILLEN DE R., Jacqueline y MARTINEZ DE CARRASQUERO, Cynthia. "La Prevención Especial en las cárceles venezolanas. CC". [en línea]. Junio 2007. vol. 35, no.2 [citado 09 Septiembre de 2008], p.197-213. Disponible en World Wide Web: <http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-95982007006000003&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0798-9598.

FEUERBACH, Paul Anselm. "Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania". Buenos Aires. Argentina. Editorial Hammurabi S.R.L. 1989.

FUENSALIDA, Alejandro. "Concordancias y Comentarios del Código Penal Chileno". Tomo I. Lima. Perú. Imprenta Comercial Calle del Huallaga N. 139. 1883.

FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA. Conferencia de prensa realizada por el gerente general de la Fundación Paz Ciudadana, Gonzalo Vargas. "Estudio empírico de penas en Chile y el efecto de la Reforma Procesal Penal". Santiago. 5 de Julio de 2006. [en línea] <<http://www.emol.com/noticias/documentos/pps/pazciudadana.pps#13>> [citado 13. 05. 2008]

FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA. "Estudio Empírico de las Penas en Chile". 2001. [en línea] <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/Estudioempirico_depenas.pdf> [citado 15. 08. 2008]

GARCÍA ARÁN. "La Prevención general en la determinación de la pena". En: ADPCP, Tomo XXXIV, fascículo II – III, 1981, página 513. Citado por: RUDNICK VIZCARRA, Carolina. "La compensación racional de circunstancias modificatorias". 2ª Edición. Santiago. Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007.

GARCIA-PABLOS, Antonio. "Derecho Penal. Introducción". Madrid. España. Servicio Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense. 2000.

GARRIDO MONTT, Mario. "Derecho Penal. Parte General". Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2003. Tomo I.

GONZÁLEZ PARADA, Gustavo y GONZÁLEZ, Gastón. "Las Circunstancias Atenuantes y Agravantes". Concepción. Chile. Editorial Samver. [19--].

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro. "El Código Penal de 1870. Comentado y Concordado". 2ª Edición. Madrid. Establecimiento Tipográfico de los Hijos de J. A. García. 1902-1914.

HASSEMER, Winfried. "Fundamentos del Derecho Penal". Barcelona. España. Editorial Bosch. 1984.

JAKOBS, Günter. "Derecho Penal. Parte General". Madrid. España. Ediciones Jurídicas S.A. 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". 5ª edición. Granada. España. Editorial Comares. 2002.

KANT, Emanuel. "La Metafísica de las Costumbres". Madrid. España. Editorial Tecnos. 1989.

LABATUT, Gustavo. "Derecho Penal. Parte General". 6ª Edición. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1990. Volumen I.

LESCH, Heiko. "La Función de la Pena". Editorial Dykinson. Madrid. España. 1999.

LISZT, Franz Von. "Tratado de Derecho Penal". Publicado por el Tribunal de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial. 2003. Tomo III.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, RODRÍGUEZ, L., RUIZ, L. "Códigos Penales Españoles. 1822-1848-1850-1870-1928-1932-1944. Recopilación y Concordancias". Madrid. España. Ediciones Akal S.A. 1988.

LUZÓN PEÑA, Diego. "Antinomias Penales y Medición de la Pena". En: Revista Doctrina Penal. Buenos Aires. Argentina. Ediciones Depalma. 1978.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Madrid. España. Editorial Universitas S.A. 1996. Tomo I.

MAURACH, Reinhart. "Derecho Penal. Parte General". Buenos Aires. Argentina. Editorial Astrea. 1995. Volumen II.

MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". 5ª Edición. Barcelona. España. Editorial Reppertor. 1998.

MIR PUIG, Santiago. "Introducción a las Bases del Derecho Penal: concepto y método". Buenos Aires. Argentina. Editorial B de F. 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". Valencia. España. Editorial Tirant lo Blanch. 1998.

NOVOA MONREAL, Eduardo. "Curso de Derecho Penal Chileno". Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2005. Tomo II.

NUÑEZ, Ricardo C. "Derecho Penal argentino". Buenos Aires. Argentina. Bibliográfica Omeba. 1959-1960. Tomo I.

PACHECO, Joaquín. "El Código Penal. Concordado y comentado". 6ª Edición. Madrid. España. Imprenta y Fundación Manuel Tello. 1888. Tomo I.

PESSINA, Enrique. "Elementos de Derecho Penal". 4ª Edición. Madrid. España. Editorial Reus. 1936.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. "Texto y Comentario del Código Penal Chileno". Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2002. Tomo I.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio. "Comentarios al Código Penal". Madrid. España. Editorial Revista de Derecho Privado. 1946.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio. "La influencia del Derecho Penal español en las legislaciones hispanoamericanas". Madrid. España. Cultura Hispánica. 1953.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Barcelona. España. Editorial Cedecs S.L. 1997.

RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel de. "Código Penal de la República de Chile; y, Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno / preparada bajo la dirección y con un estudio preliminar del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba". Valparaíso. Chile. EDEVAL. 1974.

ROXIN, Claus. "Sentido y Límites de la Pena Estatal". En: del mismo, "Problemas Básicos del Derecho Penal". Madrid. España. Editorial Reus S.A. 1976.

ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo I. Madrid. España. Editorial Civitas. 1997.

RUDNICK VIZCARRA, Carolina. “La Compensación Racional de Circunstancias Modificadoras”. 2ª Edición. Santiago. Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”. Barcelona. España. Editorial Bosch. 1992.

SOLER, Sebastián. “Exposición y Crítica de la Teoría del estado peligroso”. [En línea] 2ª Edición. Buenos Aires. Argentina. Editor Valerio Abeledo. 1929. <<http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/04/00431-exposicion-y-critica-de-la-teoria-del-estado-peligroso-sebastian-soler.html>> [consulta: 21 de Abril de 2008]

SOLER, Sebastián. “Derecho Penal argentino”. 3ª Edición. Buenos Aires. Argentina. Tipografía Editora Argentina. 1963.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis. “De la Irreprochable Conducta Anterior”. 2ª Edición. Santiago. Chile. Editorial Jurídica Conosur. 1994.

ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. “Fundamentos de Derecho Penal: Parte General”. Valencia. España. Editorial Tirant lo Blanch. 1993.

2.- Fuentes Normativas

ACTAS DE LAS SESIONES DE LA COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO. Santiago de Chile. Imprenta de la República. 1873. Sesión 8ª de fecha 17 de Mayo de 1870.

ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL CHILENO DE 2005, Elaborado por la Comisión Foro Penal. [en línea] <<http://www.politicacriminal.cl/n01/pdf01/d1.pdf>> [citado 13. 08. 2008]

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE 1980. Editorial Jurídica de Chile. 2005.

CÓDIGO PENAL CHILENO. Editorial Jurídica de Chile. 2006.

CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO. Editorial Jurídica de Chile. 2007.

CUADRO COMPARATIVO PARA TRABAJO EN SESIONES DEL FORO PENAL. Basado en las propuestas de la Comisión Acosta – Feller y las observaciones y decisiones del Foro Penal. Actualizado hasta la sesión 33ª.

D.L. N° 409. 18. 08. 1932. Establece normas sobre reos [en línea] <[http://www.minjusticia.cl/leyes/Leyes%20 Penales/D%20L%20409.pdf](http://www.minjusticia.cl/leyes/Leyes%20Penales/D%20L%20409.pdf)> [citado 13. 05. 2008]

D.S. N° 64. 27. 01. 1960. Sobre prontuarios penales y certificados de antecedentes [en línea] <<http://www.memorialmapu.cl/mapu/pdf/DTO64.pdf>> [citado 13. 05. 2008]

INSTRUCTIVO GENERAL N° 57, sobre Procedimiento Abreviado. OFICIO N° 144. 12. 04. 2001. [en línea] <[www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Procedimientos %20especiales/144%202001.doc](http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Procedimientos%20especiales/144%202001.doc)> [citado 13. 05. 2008]

LEY N° 18.216. 14. 05. 1983. Establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad y deroga disposiciones que señala [en línea] <<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/29636.pdf> > [citado 13. 05. 2008]

LEY N° 19.962. 25. 08. 2004. Dispone la eliminación de ciertas anotaciones prontuariales. [en línea] <<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/229484.pdf>> [citado 13. 05. 2008]

MATERIALES DE DISCUSIÓN PRESENTADOS A LA COMISIÓN FORO PENAL, PARTE GENERAL. [en línea] <http://www.politicacriminal.cl/n01/pdf_01/d2.pdf> [citado 13. 08. 2008]

PROPUESTA COMISIÓN ACOSTA – FELLER. Circunstancias Modificadorias de la Responsabilidad Penal. Página 3.

Proyecto de Ley N° 3585-2007. 6. 07. 04 [en línea] <<http://sil.congreso.cl/pags/index.html>> [citado 04. 08. 2008]

Proyecto de Ley N° 4350-2007. 19. 07. 06 [en línea] <<http://sil.congreso.cl/pags/index.html>> [citado 04. 08. 2008]

Proyecto de Ley N° 4371-2007. 1. 08. 06 [en línea] <<http://sil.congreso.cl/pags/index.html>> [citado 04. 08. 2008]

Proyecto de Ley Nº 4396-2007. 2. 08. 06 [en línea] <<http://sil.congreso.cl/pags/index.html>>
[citado 04. 08. 2008]

Proyecto de Ley Nº 4931-2007. 3. 04. 07 [en línea] <<http://sil.congreso.cl/pags/index.html>>
[citado 04. 08. 2008]

3.- Fuentes Jurisprudenciales

GACETA DE LOS TRIBUNALES

GACETA JURÍDICA

REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA

4.- Referencias Electrónicas: Fuentes Jurisprudenciales

CORPORACIÓN HUMANAS. “El Derecho a vivir una vida libre sin violencia”. Santiago. Chile. 2007. Página 34. [en línea] <http://www.humanas.cl/documentos/520derecho_a_vivir_sin_violencia.pdf> [citado 04. 08. 2008]

DIARIO OFICIAL <<http://www.diariooficial.cl/actualidad/relacion/jurcomentada/uahfallo2.htm>>

EMOL [en línea] <http://www.emol.com/noticias/documentos/pdfs/fallo2_lavandero.pdf>
[citado 13. 05. 2008]

JURIS CHILE <<http://jurischile.com/penal//2005/01/irreprochable-conducta-anterior-no.html>>

JURISPRUDENCIA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA <<http://www.defensoriapenal.cl/Documentos/jurisprudencia/>>

LEGAL PUBLISHING <http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01&vid=LNChile:75>

LEXIS NEXIS <http://productos.lexisnexis.cl/NXT/lexisnexis.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/DOCTRINA&vid=LNChile:79>

MICROJURIS <<http://cl.microjuris.com/>>

PODER JUDICIAL <http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=estados_causas.php>

REPERTORIO de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Penal y Leyes Complementarias. 2ª Edición. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1995. [en línea] <<http://books.google.cl/books?id=cafKGHUDqHUC&pg=PA36&lpg=PA35&dq=irreprochable+conducta+anterior&sig=D3Dyam1kAK4dn7EjnREbNUA9gSE>> [citado 13. 05. 2008].

REPOSITORIO MINISTERIO PÚBLICO <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/>>

5.- Referencias Electrónicas: Derecho Comparado

- <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/>
- <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>
- http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/per/sp_per-int-text-cp.pdf
- <http://www.altalex.com/index.php?idnot=2205>
- http://www.sbg.ac.at/ssk/docs/stgb/stgb_index.htm
- http://www.saij.jus.gov.ar/download/grt_codigo_penal.html