

UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

**“ESTUDIO JURÍDICO, DOGMÁTICO Y
JURISPRUDENCIAL DE LA COOPERACIÓN
EFICAZ Y EL ARREPENTIMIENTO EFICAZ
EN LA LEGISLACIÓN CHILENA”.**

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Profesor Guía: José Bernales Pereira

Autor:

Valeria Francesca Lillo Traversa.

Santiago, Chile 2004

RESUMEN .	1
INTRODUCCIÓN. "EL ESTADO Y LA PENALIDAD" .	3
FUNCIÓN PENAL DEL ESTADO. .	3
a.- Establecimiento de la ley penal. .	4
b.- De su aplicación. .	5
c.- De su ejecución. . .	5
EL PROCESO PENAL. .	6
PROCESO PENAL Y PROCESO CIVIL. .	7
CAPITULO PRIMERO. "LA RESPONSABILIDAD PENAL" .	11
1.1 BREVES NOCIONES SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL. .	11
1.2. CONCEPTO Y NATURALEZA. . .	12
1.3 CLASIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. . .	13
1.4 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. . .	15
CAPITULO SEGUNDO: "EXAMEN DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DE RESPONSABILIDAD" . .	17
2.1 Eximentes incompletas. . .	18
2.1.1 Concepto, origen y fundamento de la atenuante. .	18
2.1.2 Efecto atenuante de las eximentes incompletas. .	19
2.2 Atenuantes fundadas en los móviles del agente. .	20
2.2.1 Atenuantes emocionales. .	20
2.2.2 Obrar por celo de la justicia. .	24
2.3 Atenuantes relativas a la personalidad del sujeto: la irreprochable conducta anterior. .	25
2.4 Atenuantes fundadas en la conducta del autor posterior al delito. . .	29
2.4.1 Reparación con celo del mal causado. . .	30
2.4.2 Entrega voluntaria a la justicia. . .	31
2.4.3 Colaboración sustancial. . .	31

CAPITULO TERCERO: "LA COOPERACIÓN EFICAZ COMO ATENUANTE ESPECIAL DENTRO DEL ANTIGUO PROCEDIMIENTO PENAL" .	33
3.1 FINALIDAD DE LA COOPERACIÓN EFICAZ. .	33
3.2 AUTORIDAD ANTE QUIEN SE PRESTA. . .	34
3.3 PROCEDIMIENTO PARA APLICAR LA COOPERACIÓN EFICAZ. . .	35
3.4 OPORTUNIDAD EN QUE SE DEBE PRESTAR LA COOPERACIÓN EFICAZ. . .	36
3.5 NATURALEZA DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE LA DECLARA. . .	41
3.6 EL SECRETO. .	43
3.7 EFECTOS DE LA COOPERACIÓN EFICAZ DENTRO Y FUERA DEL PROCESO. .	44
3.8 LA COOPERACIÓN EFICAZ Y LA LEY N° 18.403 SOBRE TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES, DE 1982. .	45
CAPÍTULO CUARTO: "LA COOPERACIÓN EFICAZ EN EL SISTEMA JUDICIAL NORTEAMERICANO" . .	49
4.1 LA DECLARACIÓN NEGOCIADA ("PLEA BARGAINING"). . .	49
4.2 NORMAS QUE REGULAN LA DECLARACIÓN NEGOCIADA. . .	50
4.3 "STATE'S EVIDENCE" E INMUNIDAD. .	51
4.4 RELACIÓN ENTRE "DELACIÓN COMPENSADA" Y EL SISTEMA TRADICIONAL JUDICIAL CHILENO. .	51
CAPITULO QUINTO: "LA COOPERACIÓN EFICAZ EN EL NUEVO PROCESO PENAL CHILENO" .	53
5.1 LA REFORMA PROCESAL PENAL EN CHILE. . .	53
5.2 RESEÑA DE LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL NUEVO SISTEMA. .	54
5.3 LA ESTRUCTURA JUDICIAL DE LA REFORMA. .	55
5.3.1 El Tribunal. .	55
5.3.2. El Ministerio Público. .	56
5.4 En materia de cooperación eficaz. Estudio de la Ley N° 19.806 de 31 de Mayo del 2002. . .	61
CAPÍTULO SEXTO. CONCLUSIÓN. . .	67
BIBLIOGRAFÍA .	69

RESUMEN

La Cooperación Eficaz aparece tratada en el artículo 36 de la Ley N° 19.366 del año 1996, y por primera vez en nuestra historia legislativa, en relación con el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes.

Con anterioridad, la Ley N° 19.172 de 4 de Noviembre de 1992, sobre "Arrepentimiento Eficaz", vinculada a la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fijó su penalidad, estableció un sistema similar y más completo, el que, indudablemente, sirvió de base o apoyo a la llamada "Cooperación Eficaz" de la ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

De acuerdo con los incisos primero y segundo del artículo 33 aludido, puede afirmarse que se entiende por Cooperación Eficaz, el suministro de datos o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyan y conduzcan a la determinación del cuerpo del delito o de sus autores, cómplices o encubridores; o sirvan para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en la misma ley.

La propia ley le atribuye la naturaleza de "circunstancia atenuante de responsabilidad penal", lo que tiene interés para determinar el régimen al que se encuentra sometida, esto es, al sistema común contemplado en los artículos 62 a 69 del Código Penal y por consiguiente, a la eventual compensación entre agravantes y atenuantes.

No importa, como ocurre con el artículo 23 de la misma ley, una alteración de la pena básica del hecho. Allá facultativamente, el juez puede reducir la pena hasta en dos grados; acá, en el artículo 23, la pena básica varía debiendo el juez aumentar en un grado las penas contempladas en esta ley.

Es precisamente todo lo relativo al tema de la Cooperación Eficaz, lo que será materia de la presente Memoria, dejando en claro desde ya, que nuestro objetivo fundamental será el de verificar la manera en que opera esta atenuante ante nuestros Tribunales en la aplicación de ciertas leyes específicas que la reconocen como tal, tanto en el antiguo procedimiento penal como en la reforma Procesa Penal.

INTRODUCCIÓN. "EL ESTADO Y LA PENALIDAD"

FUNCIÓN PENAL DEL ESTADO.

El Estado es la Sociedad jurídicamente organizada. Es la máxima institución social y, entre otros atributos, goza de una completa potestad jurisdiccional para realizar el Bien Común de las personas y entes que integran la sociedad. En gran parte, este objetivo se cumple con el Derecho, que es un conjunto de reglas de conducta que el hombre debe acatar, so pena de una sanción. En el Derecho hay que distinguir la forma del contenido: este es lo garantizado, lo que protege, como bienes, personas, intereses de la vida; la forma es la garantía misma, el precepto que ordena y sanciona. Según el contenido, la materia, los bienes protegidos, es privado o público, dando origen al Derecho Privado y al Derecho Público. El fenómeno que caracteriza al primer sector es el contrato, así como el delito es lo que singulariza al segundo.

El Estado, dentro de una multiplicidad de materias, reglamenta las relaciones contractuales del ordenamiento privado, que corresponden al Derecho Civil y al Mercantil, preferentemente, y las delictuales que se incluyen en la órbita del Derecho Penal.

Contrato y delito son los dos fenómenos fundamentales de la sociedad que el Estado

ha debido regular para una mejor convivencia: el primero, aunque expresión de la autonomía de la voluntad, es "dirigido" por el Estado para evitar abusos del derecho e injusticias ¹; el otro, es expresión antijurídica que el Estado debe prevenir y reprimir para asegurar el orden público y la paz social.

Todo lo que se refiere al delito, al delincuente, a la pena y a la ejecución de ésta constituye la función penal del Estado, que según Florian ², seguido de Fontecilla ³, admite tres momentos fundamentales:

a.- Establecimiento de la ley penal.

El legislador, en forma general y abstracta, configura, determina, describe ciertas conductas o comportamientos humanos como delitos: actos típicos, antijurídicos y culpables, atentatorios contra "bienes jurídicos vitales" ⁴. El que cometa alguno de estos actos, sea acción u omisión, incurre en una sanción, en una pena.

Por eso, partiendo de las ideas del penalista alemán Binding, el delincuente no quebranta la ley penal, sino que actúa, procede, como esta ley penal describe al tipo delictivo. Si así no lo hiciera, no habría subsunción y no podría aplicársele sanción por ese tipo; podría quedar impune o tener la sanción que corresponda a conducta que efectúe. Así por ejemplo, el Código Penal señala, que comete el delito de bigamia "el que contrajere matrimonio estando casado validamente" (Art. 382). El tipo exige matrimonio válido anterior. Si existe matrimonio anterior, pero viciado de nulidad, no hay tipo, y en consecuencia, va a faltar un elemento esencial para configurar el delito. Por el contrario, si concurren ambos supuestos, casarse nuevamente estándolo en forma válida, el hecho social esté subsumido en la hipótesis legal y esta se cumple, no se infringe.

La subsunción, en lógica, es el ejemplo perfecto de silogismo que consiste en establecer la dependencia entre dos conceptos, como el que existe entre especie y género (hombre y animal racional).

¿Que es, luego, lo que quebranta el delincuente?: las normas jurídicas de todo ordenamiento legal que se subentienden en las penales y se encuentran elípticamente consideradas y protegen los diversos bienes jurídicos. Por la importancia de estos bienes, por afectar el orden social, la sanción es mas grave, es de carácter penal. ¿Que protege el sancionar la bigamia?: la estabilidad y buena constitución de la familia y la observancia del contrato del matrimonio en los términos establecido en el Código Civil; ¿y al sancionar el hurto y el robo?: la paz social y el derecho de propiedad.

Con razón ha dicho Carrara que el delito "es una disonancia armónica", pues en esta

¹ Alessandri Arturo y Somarriva Manuel, "Derecho Civil", Edit. Nascimento, T. IV, Págs. 32 y sgts.

² Florian Eugenio, "Elementos de derecho procesal penal", Barcelona, Pág. 13.

³ Fontecilla Rafael, "Derecho Procesal Penal", Santiago, Tomo I, Págs. 2 y 3.

⁴ Novoa Monreal Eduardo, "Curso de Derecho Penal Chileno", Edit. jurídica, Tomo I, Págs. 15 y sgts.

frase se entiende la doble necesidad de adecuación del hecho al tipo y de oposición a la norma que lo valora. Los penalistas discuten acerca del exacto sentido de la "antijuricidad", o sea, cuando el "hecho" que encuadra en el "tipo" es contrario a la "norma"; cuestión importante que excede nuestros límites de estudio. Interesa recalcar, por conclusión, que en esta parte el legislador describe los delitos y señala las penas aplicables.

b.- De su aplicación.

El momento descrito anteriormente, contenido del Derecho Penal, no basta ni es suficiente para prevenir o excluir la comisión de delitos. El Derecho Penal es tutelar de las normas de todos los ordenamientos jurídicos, pero esa tutela, esa garantía, serán tanto más eficaces cuanto lo sean las leyes procesales que tengan por objeto hacer realidad, prácticas, las sanciones penales, y aplicar la ley penal a hechos concretos y determinados que son típicos, antijurídicos y culpables.

En este segundo "momento", la función penal es activa, dinámica; a través de los Órganos Jurisdiccionales pretende "aplicar" la Ley penal al delincuente culpable. Se hace necesario formalizar un proceso para que se desenvuelva la jurisdicción hasta dictar sentencia que condene al culpable o absuelva al inocente.

Es el momento de la acción, de la jurisdicción, del proceso, o sea, del Derecho Procesal Penal.

Con razón el insigne catedrático de la Universidad de Munich, Dn. Ernest Beling afirma que el Derecho Procesal Penal es la rama jurídica que regula la actividad tutelar del Derecho Penal. Este "no tendría ejecución en la realidad de la vida, si no se complementara con una actividad humana supletoria (Derecho Procesal Penal), que deje sentado en cada caso el "si" y el "cómo" de la pena, ejecutando el acto punitivo"⁵

c.- De su ejecución.

En un tercer momento, nos encontramos con la ejecución penal. El Juez dicta sentencia y condena al acusado a 5 años de reclusión, por ejemplo. La pena debe cumplirse en los establecimientos penitenciarios. Todo lo referente a este momento pertenece al Derecho Administrativo, por lo que algunos procesalistas le niegan a este momento carácter jurisdiccional. Carnelutti, por ejemplo, habla de "función procesal" para comprender la "jurisdiccional" y la fase de ejecución.

Otros autores expresan que el término jurisdicción es más amplio que los límites que señalan sus orígenes etimológicos; comprendería no solo "decir el derecho" sino que ejecutarlo. Así, para Wach, Schmidt y otros, la jurisdicción "es la actividad del Estado dirigida a la actuación del derecho objetivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto y mediante la realización forzosa de la norma general misma".

El profesor José Quezada Meléndez define ésta "como la función pública

⁵ Beling, E., "Derecho Procesal Penal", Edit. Labor S.A., Barcelona 1943, Pág. 1.

complementaria y sucedánea de la legislativa que tiene por finalidad aplicar la ley para la resolución de conflictos, mediante el proceso y con autoridad de cosa juzgada”. También afirma que “la fase de ejecución es jurisdiccional, porque así se reconoce en el artículo primero del Código Orgánico de Tribunales”.⁶

EL PROCESO PENAL.

Se ha dicho que “delito es toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”, y en tales términos lo define el Art. 1 de nuestro Código Penal, aunque la doctrina tiende actualmente a eliminar la pena del concepto “delito”. Pero, sea que la pena constituya un elemento del delito, sea que solo constituya una consecuencia del mismo, para el procedimiento penal importan únicamente aquellos delitos que están conminados con una sanción. Al proceso penal solo le interesan las conductas antijurídicas, típicas, culpables y penadas por la ley, ya que todo proceso penal envuelve una pretensión punitiva, esto es, encuentra su justificación última en la imposición o no imposición de una pena.

Entre el hecho punible y la eventual condena, como un camino que civilizadamente se debe recorrer para obtener una condena o una absolución ajustadas a derecho se encuentra el proceso penal.

Este principio se encontraba consagrado, ya, en el Art. 11 de la Constitución Política del Estado de 1925, según el cual:

“Nadie puede ser condenado si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio”.

El inciso 5° del N° 3⁰ del Art. 19 de la Constitución de 1980, consagra una regla similar:

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”.

Por su parte el inciso 1° del Art. 42 del Código de Procedimiento Penal dispone:

“A nadie se considerara culpable de delito ni se le aplicará pena alguna sino en virtud de sentencia dictada por el tribunal establecido por la ley, fundada en un proceso previo legalmente tramitado.”

Finalmente, el Art. 456 bis del Código citado dispone:

“Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley.”

La convicción de que habla esta última regla la debe adquirir el juez por los medios de prueba legal dentro del proceso penal.

⁶ Meléndez José Quezada, “La jurisdicción”, Ediar, 1984, Págs. 40 y sgts.

El procedimiento penal es un "proceso" y, como tal, no presenta una diferencia sustantiva con lo que entendemos por "proceso" en materia civil, donde se sostiene que este "es el conjunto de actos que median entre la preparación o interposición de la demanda y el cumplimiento de la sentencia".

El profesor Eugenio Neira Alarcón señala al respecto: "Es cierto que en el proceso penal no hay determinadas medidas preparatorias o una formal demanda como únicos medios legalmente aptos para dar comienzo al procedimiento; también es cierto que el proceso civil comprende los trámites a que da lugar el cumplimiento de la sentencia, todo lo cual se excluye del proceso penal. Pueden señalarse éstas y otras diferencias formales entre el proceso civil y el proceso penal, pero no hay diferencias sustanciales entre uno y otro, ya que ambos comprenden el conjunto de actos que se desarrollan desde que se requiere la intervención del tribunal hasta que se dicta la sentencia de término, y ambos tienen el mismo contenido: una hipótesis, una comprobación y una decisión."⁷

Una hipótesis que en lo civil consistirá en si a determinada persona corresponden o no derechos de esta clase: ¿es A acreedor de B?; ¿es A heredero de B? De la misma manera, el proceso penal se desarrolla en torno a la verdad o falsedad de ciertos hechos penalmente relevantes, pero en él las hipótesis no pueden ser más que las tres siguientes: 1) ¿Se ha cometido tal delito?; 2) De ser efectivo, ¿es el inculpado responsable de él?; 3) De ser efectivo esto último, ¿qué grado de responsabilidad le cabe?

Una comprobación de esas hipótesis, que presenta algunas diferencias entre uno u otro tipo de proceso, pero que mantiene una identidad sustantiva en cuanto a la necesidad de probar la verdad o falsedad de las hipótesis y en cuanto a que en ambos procedimientos la ley admite casi exactamente los mismos medios de prueba, como puede constatarse con un análisis comparativo de los Arts. 1698 inc. 2° del C.C., 341 del C.P.C. y 457 del C.P.P.

Una decisión que se funde en la verdad o falsedad atribuidos a las hipótesis en mérito de la comprobación legal realizada, y que reconozca o niegue un derecho en lo civil, y que condene o absuelva en lo penal.

Esa identidad última entre ambos procesos nos permite definir el proceso penal adaptando ligeramente el concepto del proceso civil. Así, podemos afirmar que el proceso penal es el conjunto de actos que median entre el requerimiento de intervención o la intervención de un tribunal respecto de un hecho punible, y la sentencia de término.

PROCESO PENAL Y PROCESO CIVIL.

El proceso penal aparece como un fenómeno completamente distinto del proceso civil, por la diversa naturaleza jurídica de la norma material en conflicto.

La del proceso civil, de Derecho Privado, y la del proceso penal, de Derecho Público.

⁷ Neira Alarcón Eugenio, "Manual de Procedimiento Penal Chileno", Editorial Fallos del Mes, 1992, Pág. 12.

Las principales diferencias entre ambos procesos son las siguientes:

1.- El proceso civil versa sobre un litigio civil, lo que supone una ley material civil. El penal sobre un litigio penal, lo que supone una ley material penal. La expresión civil como opuesta a penal, es amplia y comprende asuntos del Derecho Civil, Mercantil, de Menores, Laboral, de Aguas, etc.

La expresión penal es restrictiva a asuntos del Derecho penal general, y especial, Militar, de Ley de Seguridad del Estado, de Abusos de Publicidad, Ley Antiterrorista, etc.

2.- El litigio civil parte de la infracción o inobservancia de la ley material civil (procesos de condena y constitutivos) y, excepcionalmente en nuestro derecho, de su incertidumbre (procesos simplemente declarativos).

El litigio penal supone la infracción de una norma de derecho general que está implícita en la ley material penal. El delincuente, repetimos, no infringe esta ley, sino que se adecua a su figura, al tipo delictual; lo que infringe es el valor de la norma que orienta esta ley, la norma que señala el bien tutelado o protegido.

3.- El proceso civil es uno de los medios de componer los litigios; en su campo tiene gran aplicación la autocomposición. El proceso penal es necesario, indispensable para la solución del litigio, no siendo eficaz la autocomposición y requiriendo la autodefensa de la homologación (caso de la legítima defensa).

4.- La ley material del proceso civil es, por lo general, dispositiva; de ahí que sus derechos puedan renunciarse, transarse, abandonarse, etc. La ley material penal, es no sólo un derecho público, sino un orden público y, luego, sus derechos no pueden renunciarse, transarse, abandonarse, etc. En el proceso penal pueden deducirse acciones civiles, de restitución de la cosa objeto del delito o de indemnización de perjuicios; éstas, como obedecen a leyes civiles, son dispositivas. Igualmente, existe una clase de proceso penal, proceso penal privado, que se rige por leyes materiales y procesales dispositivas: procesos por delitos de calumnia e injuria, el estupro, etc.

5.- En cuanto a los poderes del Juez, son amplios en el proceso penal y limitados en el civil. En el primero, de oficio, puede ordenar instruir el proceso y desarrollarlo en todas sus fases, hasta el final. No es necesario, luego, en este proceso que accione el ofendido; el tipo normal de proceso hasta antes de la Reforma Procesal Penal, presenta al Juez como instructor, acusador y juzgador, lo que no se compadece con una buena técnica procesal-penal.

El proceso civil exige la actividad de las partes desde el comienzo, so pena de preclusión, deserción de recursos, o abandono de la instancia. Por de pronto, no hay proceso sin acción de un particular, de la parte; no hay prueba si la parte no la ofrece y rinde; no hay impugnación de las resoluciones si la parte no interpone los recursos. Excepcionalmente, el Juez actúa de oficio (medidas para mejor resolver; nulidad procesal; incompetencia absoluta).

6.- En cuanto a la consideración del sujeto pasivo, el proceso civil hace abstracción de la persona, de su carácter, de su conducta, de su ambiente; en cambio, el penal, como tiene que juzgar a un hombre, debe inspirarse en factores éticos, sociales, psicológicos o biológicos, para considerar las circunstancias eximentes, atenuantes, agravantes o para

condenar o absolver.

7.- En el proceso civil es posible la verdad formal, o sea, una que surja de formalidades y apariencias y que puede ser distinta de la realidad.

En el proceso penal, el Juez no debe conformarse con la apariencia, sino que de oficio debe indagar la verdad real. Esta diferencia explica:

a) Que en el proceso civil se admiten pruebas fictas o simbólicas, como el reconocimiento de firma si no se objeta en sexto día (Art. 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil), o la absolución de posiciones en rebeldía del absolvente (Art. 396 del Código citado).

Esto no es admisible en el proceso penal; el firmante debe asistir a reconocer su firma, y la parte a absolver posiciones.

b) En el proceso civil solo el Art. 159 faculta al juez para decretar pruebas de oficio en determinada etapa del proceso.

En el proceso penal el juez, en cualquier momento del sumario, puede decretar tales medidas, y en el plenario, en la oportunidad que señala el Art. 499.

c) Que, en el proceso penal, si bien los medios de prueba son los mismos que en el civil (Art. 341 C.P.C.), son mayores sus modalidades, como el careo y el reconocimiento en rueda de presos, que se relacionan con la prueba de testigos, y la reconstitución de la escena, con la inspección personal del Tribunal.

8.- En el civil los procedimientos, si bien admiten su división en fases, todos responden, están enlazados a una finalidad común que es la sentencia definitiva.

En el penal, los procesos se fraccionan en dos fases diversas que responden a distintas finalidades: el sumario, que es una indagatoria, de investigación inquisitoria, y otra plenaria, que es el verdadero juicio penal y que se subdivide en estadios parecidos a los del proceso civil.

9.- En lo referente la legislación, tienen Códigos separados, salvo la materia Orgánica que tiene una Ley Común: El Código Orgánico de Tribunales.

10.- Principios formativos relevantes de cada procedimiento:

Diferencias

(1) En el civil predomina el escrito; en el penal, el oral;

(2) En el civil el de publicidad; el sumario penal, es secreto, el plenario es publico; la reforma procesal penal amplía la publicidad a todo el procedimiento penal;

(3) En el civil el de orden legal; en el sumario, orden discrecional, en el plenario, orden legal; la reforma procesal aplica el principio de la legalidad;

(4) En el civil, la verdad formal; en el penal, la verdad real;

(5) En el penal es más destacado el de economía procesal, por tiempo y dinero;

(6) En el penal es mas difícil la práctica de la mala fe, del fraude, tanto por las facultades de oficio del juez, cuanto por la ausencia de pruebas fictas o simbólicas. Existe, además, el delito de denuncia o querrela calumniosa para el litigante temerario

(Art. 211 del Código Penal).

(7) En el civil, el de mediación; en el penal antiguo, el de inmediación, especialmente en el sumario; la reforma procesal penal es sinónimo de inmediación (o debería)

(8) En el civil, el de preclusión; en el sumario no rige este principio, porque no hay fases determinadas ni procedimientos; en el plenario rige la preclusión;

(9) En el civil, el de bilateralidad; en el sumario, como no es contradictorio, no hay bilateralidad. Por regla general, el sumario se desarrolla entre el Estado (representado por el juez) y el inculcado o reo. A veces interviene, como parte, el afectado (querellante);

(10) En el civil, el dispositivo, tanto en lo que se refiere a la disposición por las partes de los derechos materiales o procesales, cuanto a su actividad procesal (impulso de parte); en el penal el inquisitivo, que se manifiesta en la indisponibilidad de los derechos y el impulso oficial del juez.

Clases

En la obra del profesor José Quezada Meléndez "De las Medidas Prejudiciales y Precautorias", se señala el concepto de Principio como aquellos que asientan y regulan la coordinación de los actos procesales generando el procedimiento⁸. En seguida se alude a sus clases, separándolos de las Bases de Organización y Atribuciones de los Tribunales y de los que informan el proceso. Beling separa los principios, de los conceptos fundamentales formales, y considera a aquellos como "los lemas supremos para el contenido de la norma, máximas materiales de la legislación"⁹.

Además, es necesario deslindar el campo Penal del Proceso Penal. El profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Córdoba, Don Alfredo Vélez M., se refiere a los postulados básicos del ordenamiento jurídico-penal y menciona entre ellos:

(1) Que la ley penal debe preexistir a toda sanción (no hay pena sin ley);

(2) Que el juicio penal, es el único medio de aplicar aquella ley sustantiva (no hay pena sin juicio);

(3) Que, en consecuencia, nadie puede ser considerado culpable mientras no lo declare tal una sentencia firme (principio de inocencia);

(4) Que la sentencia del juez natural es la única fuente legítima para limitar definitivamente la libertad".¹⁰

Todo lo explicado precedentemente, explica lo tratado en el párrafo anterior en que se esbozaron principios de Derecho Penal y del Proceso Penal. En el Capítulo siguiente trataremos exclusivamente los del Procedimiento Penal.

⁸ Meléndez Quezada José, "De las Medidas Prejudiciales y Precautorias", Ediar 1986, Pág. 16.

⁹ Obra citada 5, Pág. 24.

¹⁰ Estudios de Derecho Procesal Penal, Universidad de Córdoba, 1956 T. II, Pág. 8.

CAPITULO PRIMERO. "LA RESPONSABILIDAD PENAL"

1.1 BREVES NOCIONES SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define responsabilidad en los siguientes términos:

"Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal."

"Carga u obligación moral que resulta para uno el posible yerro en cosa o asunto determinado".

El fundamento de la responsabilidad penal es la culpabilidad. La culpabilidad es la reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó, no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho. Por consiguiente, significa que el disvalor del acto injusto se extiende también a la persona del agente, porque puede serle atribuido como obra suya.

Como se observa, la culpabilidad es un concepto fundamental para el derecho penal.

Se ha dicho, incluso, que el problema de la culpabilidad es el problema del destino del derecho a castigar.

Con la afirmación de la culpabilidad, el delito se perfecciona y, de esta manera, se satisface el último presupuesto indispensable para la imposición de la pena. Este es precisamente, el sentido del principio "no hay pena sin culpabilidad", que en el derecho penal del presente constituye una tendencia muy enérgica y más o menos generalizada y para la ciencia una aspiración irrenunciable, siempre renovada.

Pero la afirmación de que la imposición de la pena presupone la realización culpable del hecho típico, encuentra su límite en los casos de accesoriedad, en los cuales se castiga la actividad del partícipe -que en sí no realiza el núcleo de la conducta descrita por la ley- o la del coautor -que puede realizarla sólo parcialmente- aunque el autor principal o el coautor, en su caso, sólo hayan obrado de manera antijurídica. Así, es punible el inductor de un enfermo mental -inimputable-, o el cómplice que a conciencia de la antijuridicidad de la conducta coopera con quien carece de ella y está, por consiguiente, exculpado. En estos casos, el hecho principal, que solo es ilícito, embargo, para fundamentar la punibilidad del partícipe.

Por otra parte, el principio de que no hay pena sin culpabilidad debe ser interpretado estrictamente. Sólo la reacción punitiva requiere como presupuesto de su imposición la concurrencia de la reprochabilidad. En cambio, las medidas de corrección y seguridad pueden ser decretadas contra quien únicamente ha ejecutado un acto típico y antijurídico (menores, enfermos mentales, etc.).

La culpabilidad no solo es el fundamento de la imposición de la pena, sino, además, el criterio determinante de su magnitud: la culpabilidad es la medida de la pena.

Sin embargo, este último criterio tiene sólo un valor relativo, pues la magnitud de la culpabilidad únicamente establece el límite máximo a la medida de la sanción. Consideraciones relativas a los objetivos de prevención general pueden aconsejar y decidir la imposición de una pena cuya magnitud esté por debajo de la culpabilidad. En algunos casos incluso, esto ocurre por disposición expresa de la ley, como cuando en las hipótesis de tentativa y delito frustrado establece una reducción de la pena, o en la de los delitos culposos, donde, con arreglo a los artículos 490 y siguientes del Código Penal, sólo se impondrá la sanción correspondiente al resultado menor efectivamente ocasionado, aunque para el autor fuese también previsible -y, por eso, reprochable- la producción de uno más grave.

1.2. CONCEPTO Y NATURALEZA.

Por circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal se entiende un 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 ¹¹.

Como las circunstancias modificatorias no afectan a la existencia misma del hecho punible, suele afirmarse que son "accidentales" al delito y se limitan a "circundarlo" sin alterar su esencia. Esto, si bien en principio es exacto, requiere alguna explicación complementaria, pues puede prestarse a equívocos.

Hay, en efecto, entre las circunstancias modificatorias algunas que son completamente ajenas a la naturaleza y estructura del delito, de manera que su acción sobre la magnitud de la pena se funda en consideraciones utilitarias de política criminal o, incluso, referidas al estado personal del autor con acierto muy discutible. Otras, en cambio, son también "accidentales" al hecho punible, en el sentido ya expuesto de que no determinan su existencia como tal, pero tienen un carácter "sustancial" en cuanto alteran la forma de algunos de sus elementos, como la antijuricidad o la culpabilidad. Estas últimas, por consiguiente, aunque no afectan al "sí" del delito, por lo menos actúan sobre su "cómo" y, en tal sentido, no puede afirmarse que se limitan "a circundarlo".

La mejor prueba de lo expuesto es que, como más adelante se explicará, algunas de las circunstancias modificatorias pueden, incluso, integrarse en ciertos casos a la tipicidad del delito, influyendo entonces sobre su misma existencia al determinar la naturaleza del injusto respectivo. Eso sería ininteligible si en realidad permanecieran tan ajenas a la esencia de la infracción punible como a veces se entiende.

Como, por otro lado, hay efectivamente circunstancias de la primera clase, las cuales son del todo irrelevantes a la entidad del delito, se explica que exista alguna anarquía respecto a la sistematización del conjunto. Así, mientras en la literatura española se trata de ellas dentro de la teoría del delito, la alemana prefiere situarlas en la de la pena. Posiblemente el método más riguroso exigiría aceptar una separación, reservando para la teoría del delito solo el examen de aquellas que modifican los elementos del hecho punible, y remitiendo a la teoría de la pena las que sólo obedecen a consideraciones político-criminales. Por eso es excesivamente perentoria la afirmación de Rodríguez Devesa con arreglo a la cual "su lugar adecuado dentro del sistema se encuentra entre los presupuestos de la pena, esto es, entre los elementos del delito"¹².

Contra esta solución milita, sin embargo, aparte de consideraciones pedagógicas relativas a la conservación de una cierta unidad en el tratamiento de las instituciones de la ley positiva, el hecho de que muchas de las circunstancias no obedecen a un fundamento único y nítidamente diferenciado, de suerte que su ubicación correcta suscita dificultades. Por eso, aquí se ha conservado el orden tradicional en las exposiciones españolas y chilenas.

1.3 CLASIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

¹¹ Cury Enrique, "Derecho Penal. Parte General", Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, Pág. 99.

¹² En Cury Enrique, obra citada 1, Pág. 100

a) Con arreglo a los efectos que les atribuye la ley, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal pueden clasificarse en atenuantes, agravantes y mixtas.

Atenuantes son aquellas cuya concurrencia determina la imposición de una pena mas benigna; agravantes las que con su presencia conducen a que el hecho sea castigado mas severamente; mixtas, por fin, las que mientras en ciertos casos atenúan, en otros agravan.

b) Desde el punto de vista de la extensión de sus efectos, las circunstancias atenuantes y agravantes ¹³ se dividen en genéricas y específicas. Son circunstancias genéricas aquellas que operan respecto de cualquier delito o, por lo menos, de su gran mayoría. Se las encuentra establecidas en los catálogos contenidos en los artículos 11 y 12 del C.P. Las circunstancias específicas, en cambio, sólo surten efectos en relación con ciertos y determinados hechos punibles respecto de los cuales se las consagra expresamente. Están, pues, dispersas a lo largo de la ley y su estudio compete a la Parte Especial. Aquí, sólo nos ocuparemos de las genéricas.

Entre estas dos categorías sería posible, quizás, introducir una tercera, pues existen algunas circunstancias agravantes, que no obstante incluirse en el catálogo de las genéricas, actúan únicamente respecto de un cierto grupo de delitos (Art. 12, Números 1° y 5° del C.P.). Tal cosa no se hace, a fin de evitar complicaciones superfluas, pero no está de más puntualizar el hecho.

c) En atención a su fundamento, debe distinguirse, de conformidad con lo expuesto en el párrafo precedente, entre aquellas circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que sólo obedecen a criterios político-criminales, aquellas que se basan en consideraciones relativas a la personalidad del autor y las que afectan a la antijuricidad o culpabilidad del delito. Cuando la situación fundamental de la circunstancia se incorpora ya al tipo del hecho punible, determinándolo, se transforma en un elemento de éste, calificándolo o privilegiándolo. Las calificantes y privilegiantes, por consiguiente, no son ya "accidentes" del delito, sino integrantes "esenciales" de su tipicidad, lo cual cobra particular importancia, especialmente en relación con la aplicación de las normas contenidas en el artículo 63 del Código Penal y para la resolución de algunos problemas concernientes al concurso aparente de leyes penales.

La distinción entre calificantes y privilegiantes por un lado, y agravantes y atenuantes por el otro, suele presentar dificultades en la práctica. Hay algunos criterios orientadores para efectuarla, que facilitan algo esa tarea. Así, por ejemplo, es frecuente que las calificantes y privilegiantes determinen una alteración del marco penal atribuido por la ley al hecho, al paso que las atenuantes y agravantes sólo impliquen aumentos o disminuciones de la punibilidad realizadas sobre la base del marco original. Pero, en definitiva, se trata de un problema hermenéutico característico, cuya solución certera exige recurrir a todos los recursos disponibles a la interpretación de la ley.

d) En atención a su naturaleza, las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, se clasifican en subjetivas y objetivas. Las primeras son aquéllas que consisten "en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o

¹³ Las Circunstancias mixtas que conoce nuestra legislación son siempre genéricas.

en otra causa personal", y se caracteriza porque sólo sirven para atenuar o agravar la responsabilidad de aquellos intervinientes en el hecho en quienes concurren (Art. 64, inc. 1^o C.P.), es decir, porque no se comunican. Las segundas son las que consisten "en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo" y sirven "para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito" (Art. 64, inc. 2^o C.P.), esto es, se comunican.

e) Por último, conviene todavía distinguir entre circunstancias modificatorias de responsabilidad comunes y especiales. Las comunes son aquellas cuyos efectos se encuentran regulados de manera general en los Arts. 65 a 68 del C. P. Las especiales, en cambio, tienen consecuencias atenuantes o agravantes más significativas, que se establecen expresamente para cada una de ellas en diferentes disposiciones. Las atenuantes especiales suelen también llamarse privilegiadas.

No deben confundirse las atenuantes especiales o privilegiadas con las que el Art. 68 bis del C.P. denomina "muy calificadas". El carácter privilegiado de una circunstancia de atenuación, así como la índole de sus efectos, se encuentran consagrados en forma categórica por la ley. En cambio, la naturaleza "calificada" de las atenuantes concurrentes en una situación dada, es producto de una apreciación racional del juez. Por esto, las circunstancias privilegiadas lo son siempre; por el contrario, variando las alternativas del caso concreto una misma atenuante puede o no ser calificada. La distinción entre ambas categorías cobra importancia, por eso, en relación con la procedencia del recurso de casación.

1.4 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

Una buena parte de las circunstancias modificatorias que contempla nuestra ley positiva se desarrollaron ya en el derecho romano o, en todo caso, en la obra bastante posterior de los postglosadores. Sin embargo, sus sistematización en un conjunto más o menos cerrado y taxativamente compuesto, es obra sobre todo de la Ilustración y el consiguiente derecho penal liberal, cuyo natural afán de seguridad jurídica procuró que todos los factores participantes en la fijación de la pena se encontrarán tan precisamente delimitados por la ley como fuera posible.

La tendencia actual, en cambio, procura la consagración de fórmulas más flexibles sin abrir las puertas de la arbitrariedad. Usualmente se emplea el procedimiento de establecer para el delito un marco penal más o menos amplio, dentro del cual la sanción concretamente aplicable a cada caso se determina según unas pautas de orientación general sobre los criterios mensuradores. Este es, por ejemplo, el sistema que acoge el Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, cuyo artículo 73^o contiene una enumeración ampliamente concebida de los puntos de vista a que debe atender el juez

para la individualización de la pena, refiriéndose a los aspectos objetivos y subjetivos del hecho punible, la importancia de la lesión o del peligro, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, la calidad de los motivos determinantes, las demás condiciones del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito y la conducta del agente posterior al delito.

CAPITULO SEGUNDO: "EXAMEN DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DE RESPONSABILIDAD"

GENERALIDADES Y CLASIFICACIÓN.

Las circunstancias atenuantes genéricas se encuentran taxativamente en el catálogo contenido en el artículo 11 del Código Penal. Para una comprensión cabal del mismo, sin embargo, es preciso tener inmediatamente en consideración las disposiciones de los artículos 71, 72 inc. Primero y 73 de ese cuerpo legal.

El sistema consagrado en la ley, por consiguiente, corresponde al del llamado *numerus clausus*, con arreglo al cual sólo se aceptan como causales de atenuación aquellas a las cuales el ordenamiento jurídico confiere explícitamente ese carácter. Este se adoptó por la Comisión Redactora no obstante que el Código Penal Español, del cual se servía como modelo principal, contenía una fórmula que autorizaba expresamente la creación de atenuantes por analogía. La solución es criticable, en especial si se tiene en cuenta la manera muy reglamentaria de individualizar la pena que emplea la ley en vigor. La apertura del Código Penal peninsular, en cambio, permite, cuando menos al Juez, buscar una determinación más justa de la sanción para el caso concreto.

Suele sostenerse que las atenuantes obedecen todas a fundamentos subjetivos¹⁴. Esta generalización es combatida, argumentando que el artículo 64 del Código Penal

alude a la existencia de atenuantes "objetivas" y que en las hipótesis de "justificantes incompletas" la razón de ser de la atenuación es evidentemente de esa índole. Las razones invocadas por la crítica, dice el profesor Cury, "no me parecen convincentes"¹⁵. El hecho de que el artículo 64 del Código Penal aluda a atenuantes objetivas no significa que las haya, por lo menos entre las genéricas. A su vez, las "justificantes incompletas" no afectan a la antijuridicidad sino, más bien, a la culpabilidad del autor.

Para ordenar la exposición en torno a las circunstancias de atenuación, la clasificación que ofrece el profesor Alfredo Etcheberry es, posiblemente, la más satisfactoria. Con arreglo a ella debe distinguirse entre eximentes incompletas, atenuantes fundadas en los móviles del agente, atenuantes relativas a la personalidad del sujeto y atenuantes que se fundan en la conducta del autor posterior al delito.¹⁶

2.1 Eximentes incompletas.

2.1.1 Concepto, origen y fundamento de la atenuante.

Con arreglo al artículo 11, N° 1° del Código Penal, son circunstancias atenuantes las expresadas en el artículo 10 cuando no concurren todos los requisitos para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. Esto es, se confiere capacidad atenuante a las causales (circunstancias) que ordinariamente eximen de responsabilidad criminal, cuando, por encontrarse incompletas, no surten efecto excluyente de la punibilidad.

La atenuante es una creación del Código Penal Español de 1848 y, al parecer, su origen debe encontrarse en unas observaciones de Pacheco¹⁷, quien, en 1842, defendió ya la tesis de que lo que no eximía de responsabilidad por estar incompleto, debía lógicamente atenuar. A causa de esta concepción formalista del clásico español, que planteaba el asunto como un simple problema lógico de "todo" y "parte", él concluye que el fundamento de cada una de las causales de atenuación resultantes no puede sino ser el mismo de la respectiva eximente.

Estas reflexiones de Pacheco constituyen una intuición valiosa pero basada en argumentos desacertados, al decir de Cury, que, seguramente, han contribuido, después, a complicar la inteligencia de la norma¹⁸. Pues, es claro que el efecto atenuante de las eximentes incompletas no puede deducirse sin más de que sean "parte" de un "todo" que

¹⁴ Por ejemplo Labatut en "Derecho Penal", Santiago, Editorial Nascimento, Pág. 304; Pena Cabrera en "Derecho Penal peruano. Parte General", Lima, 1980, Pág. 255.

¹⁵ Cury Enrique, obra citada, Pág. 103.

¹⁶ Etcheberry Alfredo. "Derecho Penal", 1ª Edición, Santiago, 1964, Tomo II, Pág. 13.

¹⁷ Pacheco Joaquín Francisco. "Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid", 1842, Pág. 132.

sea capaz de eximir. En el plano de las valoraciones jurídicas, este género de razonamiento lógico-formal de tipo matemático carece de vigencia. Si las cosas fueran como pretendía Pacheco se producirían conclusiones tan absurdas como las de que, cuando el sujeto ejecuta sólo una fracción de la conducta típica (por ejemplo, yace con una mujer, pero sin ejercer violencia, porque ella ha accedido), habría también que imponerle parcialmente la pena, porque si el "todo" es injusto, la "parte" debería serlo asimismo.

Lo que ocurre en realidad, es algo distinto. Cuando se dan sólo algunos de los presupuestos de las eximentes, de suerte que éstas no justifican una exclusión de los elementos integrantes del delito, subsiste, sin embargo, en la mayor parte de los casos, una situación anómala que deteriora la capacidad de la autodeterminación del individuo, reduciendo la posibilidad de exigirle que se comporte con arreglo al mandato o la prohibición respectiva. Así, por ejemplo, cuando el que provocó suficientemente es luego agredido y se defiende, no se encuentra ya justificado con arreglo al artículo 10 N° 4 del C.P., pero, atendida la presión de las circunstancias concomitantes, la reprochabilidad de su actuación posterior a la agresión disminuye, a causa de que no le es tan exigible conducirse conforme a derecho como a aquel que ataca sin ser atacado.

De la misma forma, cuando el autor del delito presenta una anomalía psíquica que, sin embargo, no lo priva por completo de capacidad para comprender el significado antijurídico de su acto y autodeterminarse conforme a ese conocimiento, él es imputable, pero la anormalidad que lo aqueja constituye una circunstancia que limita su libertad y, por eso, reduce en alguna medida la posibilidad de exigirle un comportamiento distinto.

Así pues, las eximentes incompletas como atenuantes no obedecen al mismo fundamento -imperfectamente manifestado- de las respectivas causales de exclusión de responsabilidad, sino que todas ellas son situaciones de exigibilidad disminuida a causa de la anormalidad de las circunstancias. Esta apreciación conduce a importantes consecuencias prácticas en la consideración de algunos de sus aspectos.

2.1.2 Efecto atenuante de las eximentes incompletas.

En principio, las eximentes incompletas producen el mismo efecto que las otras atenuantes, el cual se encuentra regulado por los artículos 62 a 68 bis del C.P. Sin embargo, hay algunas situaciones excepcionales que escapan a esta regla.

a) Cuando la eximente es de aquellas que constan de requisitos enumerados formalmente (Art. 10 Números 4º, 5º, 6º y 7º del C.P.) y en el caso de que se trata concurre el mayor número de ellos, el tribunal deberá aplicar la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley para el delito respectivo, imponiéndola en aquel que estime correspondiente, atendidos el número y entidad de los requisitos que falten o concurren (Art. 73 C.P.). Hacer la rebaja de la pena es, pues, imperativo para el tribunal; en cambio, la determinación de su magnitud constituye una facultad para cuyo ejercicio la ley se limita a señalarle un criterio orientador (el número y entidad de los requisitos que falten o concurren). Si el número de requisitos de la eximente que se

¹⁸ Cury Enrique, obra citada, Pág. 104.

encuentra presente no es el “mayor”, el Art. 73 no recibe aplicación y la atenuante se regirá por las reglas generales de los Arts. 62 a 68 bis del C.P.¹⁹

Como el artículo 73 confiere a las eximentes incompletas a que se refiere, un efecto atenuante considerablemente superior al que se les concede por lo común, se dice que, en su caso, la atenuante es privilegiada.

b) Cuando la eximente incompleta es del caso fortuito del artículo 10 N° 8° del C.P., sus efectos se rigen por las disposiciones del artículo 71 del C.P., con arreglo al cual en tal caso “se observara lo dispuesto en el Art. 490”. Este último artículo regla la penalidad de los cuasidelitos.

c) Aunque no siempre se lo considera como una hipótesis de eximente incompleta, participa en medida apreciable de la naturaleza de éstas el caso del “menor de dieciocho años y mayor de dieciséis, que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el tribunal respectivamente que obró con discernimiento”. En tal caso, el Art. 72 dispone que se imponga al afectado “la pena inferior en grado mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sea responsable”. La atenuación es imperativa y tiene el carácter de privilegiada.

2.2 Atenuantes fundadas en los móviles del agente.

En los Números 3°, 4°, 5° y 10° del Art. 11 del C.P. se encuentran un grupo de circunstancias atenuantes cuya eficacia se funda en particularidades relativas a la motivación del sujeto. Todas ellas representan, por consiguiente, una situación de exigibilidad disminuida a causa de imperfecciones en el proceso de formación de la voluntad. A las tres primeras se las denomina, usualmente, pasionales o emocionales. La última se refiere a quien ha obrado por celo de la justicia.

2.2.1 Atenuantes emocionales.

Con arreglo a lo que preceptúan los Números 3°, 4° y 5° del Art. 11 del C.P., la ley concede una atenuación de la pena a quien ha obrado en circunstancias que, normalmente, provocan una perturbación anímica más o menos profunda -y, por eso, una formación de la voluntad anómala- o al que lo ha hecho efectivamente alterado de manera significativa por cualquier causa capaz de ocasionar ese estado.²⁰

El nombre con que habitualmente se designa estas atenuantes puede ser aprobado en principio, pero requiere de alguna precisión. En efecto, no en todas las hipótesis contempladas por los Números 3°, 4° y 5° del Art. 11 del C.P., la ley exige que realmente el autor se halle afectado por una pasión o emoción²¹. Como se verá, hay, por lo menos,

¹⁹ Novoa Monreal Eduardo. "Curso de Derecho Penal Chileno", Santiago, Editorial Universitaria, 1966, Tomo II, Pág. 363.

²⁰ Cousiño Luis. "Curso de Derecho Penal. Parte General", Santiago, 1975-1979, Tomo II, Pág. 245.

dos de ellas en las que le basta con cerciorarse de que se ha producido una situación que, en el común de los casos, provoca alteraciones de esa clase, sin exigir prueba alguna de que en el hecho concreto ha ocurrido efectivamente así. Por consiguiente, el carácter "emocional" de dichas atenuantes sólo puede admitirse como una abstracción.

Lo que sucede es que aquí, el derecho debe rendir otra vez tributo a su limitación, para sondear en el alma humana. Por eso, en las dos situaciones aludidas (Números 3º y 4º del Art. 11 del C.P.), se contenta con reconocer que generalmente provocan en el "hombre medio" un estado de perturbación anímica apreciable y, en consideración a ello, dispone la rebaja de la pena sin admitir indagaciones ulteriores sobre lo ocurrido realmente en la psiquis del autor.

a.1.) La provocación o amenaza proporcionada al delito.

Con arreglo al artículo 11 N° 3º, es una circunstancia atenuante "la de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito".

Provocar significa, en principio, tanto como "causar" u "ocasionar". En este caso, pues, la provocación debe entenderse como una acción o expresión capaz de crear en el sujeto una excitación conducente a la comisión del delito²². Naturalmente, su autor no necesita querer o aceptar la perpetración del hecho punible por el provocado, pero sí, la alteración del ánimo que será, a su vez, generadora de aquella.

La provocación no es una agresión en el sentido del artículo 10 Números 4º, 5º y 6º del C.P. (legítima defensa), pues en tal caso, no nos encontraríamos frente a una circunstancia atenuante, sino a una auténtica causal de justificación o, en todo caso, ante una hipótesis de exceso en la defensa que, como se ha visto, obedece a una regulación diferente. Por regla general, la provocación tampoco será típica, aunque en algunos casos límites llegue a serlo²³.

Amenaza es la manifestación o advertencia de que se hará víctima de un daño, al autor o a un tercero con el cual éste se halla vinculado.

La provocación o amenaza deben haber precedido inmediatamente a la ejecución del delito. Esto quiere decir que, han de haber sido cronológicamente contiguas a la realización del hecho punible. Una vez más, tal exigencia se explica porque, para presumir que en el autor han determinado una alteración emocional significativa, la ley requiere situarse en el tipo de casos en los cuales una provocación o amenaza ocasionan ordinariamente ese resultado; y la experiencia demuestra que, por lo común, en semejante hipótesis la reacción no se padece esperar. Con todo, cuando los estímulos aludidos por la norma hayan ocasionado en el sujeto un estado de alteración anímica efectivo y más duradero, el podrá asilarse en la atenuante del Art. 11 N° 5º, probando,

²¹ Etcheberry, por ejemplo Cobra citada, Pág. 178) señala que existe la posibilidad de compatibilizar el propósito vindicativo con la frialdad del ánimo.

²² Rodríguez Mourullo Gonzalo. "Derecho Penal. Parte General", Madrid, Editorial Cintas S.A., 1978, Tomo I, Pág. 471.

²³ Novoa Monreal Eduardo. Obra citada, Pág. 34.

eso si, la realidad de la perturbación.

a.2.) La vindicación de ofensas.

De conformidad con el artículo 11 N° 4° del C.P., se atenúa la responsabilidad criminal del que ejecuta "el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos".

La norma exige que se haya obrado en vindicación, esto es, con un propósito de venganza. Este es un móvil que se comporta como un "elemento subjetivo" de la atenuante, pues, por lo general, no encuentra correlato alguno en el mundo exterior. Como suele suceder con las motivaciones, es posible que coexista con otra u otras; tal cosa no es óbice para otorgar la atenuación.

El ánimo vindicativo no implica necesariamente una alteración psicológica. Por el contrario, es compatible con una actitud fría e, incluso, cuando así sucede, suele manifestarse con más éxito.

La ley exige que se obre para vengar una ofensa. Con arreglo a la opinión absolutamente dominante, la expresión está empleada en un sentido amplio que no sólo comprende los actos injuriosos, sino cualquier conducta lesiva o dañosa para otra persona. Por consiguiente, la ofensa podría en ciertos casos reunir todas las características de una auténtica agresión, con excepción de la "actualidad"; y esto es, precisamente, lo que diferencia en principio a la atenuante de la legítima defensa, pues, a causa de que en aquella el ataque se encuentra ya consumado, el afectado no lo repele, sino que se hace una inadmisibile "justicia de propia mano".

La ofensa debe ser grave, o sea, revestir una cierta magnitud cuya apreciación queda librada al juez, el cual, en todo caso, ha de enjuiciarla con criterio objetivo. En cambio, el derecho vigente no requiere que exista una relación de proporcionalidad entre ella y la reacción vindicativa. Así pues, la existencia de tal proporcionalidad no basta para configurar la atenuante cuando la ofensa no es "intrínsecamente" grave, ni, a la inversa, su ausencia, para desestimarla si concurren los otros requisitos; al que se venga de una ofensa grave no se le pide que mida sus reacciones para acreditarle una disminución de la exigibilidad.

La ofensa se tiene que haber dirigido en contra del autor del hecho punible o de las personas que la disposición enumera basándose en la existencia de una relación conyugal o parental.

Como la atenuante constituye un caso de exigibilidad disminuida, no es necesario, tampoco aquí, que la ofensa sea real. Basta, igual que en el caso de la provocación o amenaza, con que, atendidas las circunstancias, el autor haya podido verosímilmente representarse su existencia.

La norma exige que exista proximidad entre la ofensa y la conducta vindicativa. En principio, este requisito puede ser objeto de reparos, porque el ánimo de venganza es capaz de subsistir latente por largo tiempo. Sin embargo, Cury cree que se encuentra

justificada a causa de la forma impresa de la atenuante. En efecto, dice, "como la ley presupone que toda ofensa grave genera un estímulo vindicativo vigoroso, sin reclamar prueba alguna de esto último, es razonable que limite el otorgamiento del beneficio a situaciones que corresponden a las formas de reacción mas comunes; y éstas, en realidad, suelen producirse prontamente. Por otra parte, en aquellos casos en los cuales la ofensa ha ocasionado una perturbación emocional efectiva y que perdura largo tiempo, siempre será posible al afectado invocar la atenuante del N° 5"²⁴.

a.3.)El arrebató y obcecación.

De acuerdo con el artículo 11, N° 5°, se concede una atenuación de la pena, al que obra "por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación".

De las tres atenuantes emocionales (pasionales), ésta es la única que descansa en la existencia real de una perturbación anímica del sujeto. En efecto, aquí por primera vez la ley se desentiende en principio de la causa que ha actuado sobre la psiquis del individuo, limitándose a describir los resultados producidos por ella en su ánimo. Lo que aparece en primer plano no es el estímulo, sino el arrebató y obcecación ocasionados por él en el autor.

El arrebató se entiende como una perturbación intensa en la capacidad de autocontrol de la persona. La obcecación, en cambio, supone una alteración de las facultades intelectuales (razonadoras) que impiden una adecuada dirección de la conducta conforme a sentido.

De todas maneras, lo que aquí importa es que, en ambos casos, la posibilidad del autor para autodeterminarse con arreglo a los mandatos y prohibiciones del derecho, se encuentra mermada. Por lo tanto, el fundamento de la atenuación radica en un estado real (comprobable) de exigibilidad disminuida.

El arrebató y obcecación, a pesar de su intensidad, son, en todo caso, menos que una perturbación total de razón. Si no se los entendiera de ese modo, perdería todo significado la causal de inimputabilidad contemplada por el artículo 10 N° 1°, segunda parte del Código Penal.

Aunque provoquen un estado que, desde el punto de vista de las valoraciones jurídicas es relativamente semejante, las dos situaciones aludidas por la ley son, como se ha visto, diferentes y, en algunos casos, hasta antagónicas. Por tal motivo, es absurdo que la ley parezca reclamar su concurrencia copulativa mediante el empleo de la conjunción "y". En consecuencia, la doctrina mas autorizada rechaza esa exigencia y considera que el precepto ha de entenderse como si hablara de "arrebató u obcecación". Esta es, por lo demás, la redacción que una reforma ulterior ha dado al texto correspondiente en el Código Penal Español, demostrando la exactitud del criterio expuesto.

El arrebató u obcecación deben ser el resultado de un estímulo tan poderoso que los haya producido naturalmente.

²⁴ Cury Enrique, obra citada, Pág. 114.

El estímulo puede ser de cualquier índole. Sin embargo, hay quienes le han exigido una procedencia lícita e, incluso, digna de aprobación ético-social. Así, se negaría la atenuante al que comete el delito poseído por los celos que le inspira su concubina a quien sorprende manteniendo relaciones con un tercero, y en otras situaciones semejantes. Este punto de vista, que ha sido muy influyente en la práctica, carece de todo fundamento, como lo ha destacado la mayor parte de la literatura nacional²⁵ y extranjera. Todo lo que requiere la ley es que el estímulo sea lo bastante poderoso como para causar naturalmente un estado de arrebató u obcecación.

2.2.2 Obrar por celo de la justicia.

Según el N° 10 del artículo 11 del C.P., se atenúa la responsabilidad criminal del que ha "obrado por celo de la justicia".

La atenuante es original de la ley chilena, pues no se la consagraba en los Códigos que sirvieron de modelo a la comisión Redactora del nuestro.

El fundamento de la atenuación se encuentra en la naturaleza particular del móvil, en este caso, es de carácter especialmente valioso, pues el sujeto logra hasta la ejecución del hecho típico por amor a la justicia, en persecución de la cual se excede, lesionando otros bienes sociales. A causa de esto, se trata también de una hipótesis en que la exigibilidad está disminuida. Lo peculiar de la situación radica en que, en este caso, la circunstancia que presiona sobre la libertad del autor suscita en principio la aprobación de la comunidad; es sólo la forma exagerada que adopta la reacción lo que se le censura: él se ha dejado determinar por un mandato del derecho más allá de lo que éste mismo desea y, por eso, ha violado otra u otras normas que no siquiera en tal situación debieron ser quebrantadas.

Como aquí lo decisivo es la acentuada apreciación ético--social del motivo, no se requiere que el agente haya obrado en un estado de perturbación emocional; la atenuante es compatible con la realización serena de la conducta punible. Pero, por eso mismo, parece exacta la afirmación de Etcheberry en el sentido de que no admite la concurrencia de otros móviles. La ley sólo atenúa la desvaloración personal del autor si éste se ha dejado determinar únicamente por el celo de la justicia²⁶.

Cuando la Comisión Redactora decidió introducir el precepto, lo hizo expresamente pensando en el funcionario que se excede en el ejercicio de sus atribuciones a causa de su afán por cumplir mejor la misión que le está confiada. Por tal motivo, una parte de la literatura piensa que la atenuante sólo puede beneficiar a quienes ostentan esa calidad. Ese criterio, sin embargo, no encuentra apoyo en la ley²⁷. En la mayor parte de los casos, ciertamente, las conductas que satisfagan sus exigencias pertenecerán a un funcionario público, pero no es inimaginable la de un particular que también las cumpla.

²⁵ Labatut Glens, Gustavo. "Derecho Penal. Parte General", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 6ª Edición, Pág. 311.

²⁶ Etcheberry Alfredo, obra citada, Pág. 18.

²⁷ Novoa Monreal Eduardo, obra citada, Pág. 47.

Así, por ejemplo, el acto de quien detiene y conduce ante el tribunal al que se sabe autor de un delito cometido hace largo tiempo, porque le consta su intervención en él. De la misma forma el que sustrae un niño de la casa de sus padres, con el propósito de mejorar su situación, porque está en conocimiento de que éstos lo descuidan y maltratan.

La expresión justicia ha sido empleada en un sentido amplio que equivale a lo justo. Por consiguiente, la atenuante no se encuentra referida solamente a las actividades propias de la administración de justicia, sino a cualquiera que tenga por objeto "dar a cada cual lo suyo".

2.3 Atenuantes relativas a la personalidad del sujeto: la irreprochable conducta anterior.

Con arreglo al artículo 11, N° 6° del Código Penal, se concede una atenuación de la pena "si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable". La disposición, que fue tomada del Código Penal de Austria, pues no la contenían los españoles de 1848 y 1850, ha sido objeto de mucha controversia, tanto por la naturaleza de su fundamento como por la forma y frecuencia con que se la trata por la práctica.

En la literatura nacional se ha sostenido, a veces, que con esta norma "se abre paso, en cierta medida, la consideración de la personalidad del sujeto en nuestra ley positiva"²⁸, en el sentido de atribuir significado a su carácter para la punibilidad²⁹.

Desgraciadamente este género de referencias al "estado" personal del autor, que vulneran el principio de culpabilidad, no son completamente ajenas al derecho en vigor. Sin embargo, el profesor Cury no cree que éste sea uno de tales casos, pues la atenuante admite una fundamentación y, por eso, también una interpretación mejores³⁰.

En primer lugar, cuando la conducta precedente del individuo ha sido intachable, hay motivos para suponer que la perpetración del delito fue ocasionada por unas circunstancias extraordinarias que conmovieron su capacidad de autodeterminarse. En tal sentido, la atenuante se apoyaría sobre 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 perturbó³¹.

El profesor Novoa invierte por completo este argumento, sugiriendo que "a un

²⁸ Novoa Monreal, Eduardo, obra citada, Pág. 38.

²⁹ Novoa Monreal Eduardo, obra citada, Pág. 443.

³⁰ Cury Enrique, obra citada, Pág. 119.

³¹ Cury Enrique, obra citada, Pág. 119

individuo que en todo momento ha podido observar una conducta intachable -en la 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 transgresión jurídica”³².

El razonamiento es correcto, pero, a juicio de Cury, arranca de una premisa equivocada. En efecto, refiere la exigibilidad a la personalidad estable del sujeto -a su carácter- y a las circunstancias que conforman esa entidad. Pero aquí lo que interesa es la relación de la personalidad con el acto y las circunstancias de éste; la pregunta alude a si era exigible al autor comportarse de otra manera "aquí y ahora". Precisamente porque no es normal que quien siempre se condujo en forma correcta se aparte súbitamente de esa línea e incurra nada menos que en un hecho punible, surge la sospecha sobre la medida en que ese proceder es una expresión auténtica de su libertad³³. Con el criterio sustentado por Novoa, en cambio, se produce la paradoja de que el buen carácter grava y el malo beneficia.

Naturalmente, Novoa está en lo cierto, cuando da a entender que a quien más se ha dado puede exigirse más. Por eso, el hombre culto, bien educado y dotado que se abandona una y otra vez a la tentación del delito o vive, por lo menos, en los límites de lo socialmente intolerable, es digno de más censura que el delincuente infortunado, ignorante y desambientado.

Pero aquí no se trata de tales casos -al menos según la voluntad auténtica de la ley-, sino del individuo honesto y hasta el presente "irreprochable", que ha incurrido ocasionalmente en una acción punible.

Si la aplicación práctica que se hace de la norma no es consistente con esta idea, debe serle objetado a la jurisprudencia, no a la ley.

Por otra parte, Maurach ha destacado también que "el conocimiento de la personalidad del delincuente es de importancia particular para la determinación de la llamada susceptibilidad a la pena", pues "es un hecho conocido que una misma pena pueden tener efectos bien diferentes sobre delincuentes diferentes", cosa que "no ha de ser descuidada por el juez en el acto de fijar la pena"³⁴.

También desde este punto de vista merece consideración atenuante, la irreprochable conducta anterior, aunque, como el propio Maurach lo destaca³⁵, ha de ser apreciada con mucho tacto, prudencia y rigor, a fin de evitar que conduzca a una justicia de clase como la que, con razón, pareciera temer el profesor Eduardo Novoa.

De todo lo expuesto se deduce, en suma, que la atenuante del artículo 11 N° 6° del

³² Novoa Monreal Eduardo, obra citada, Pág. 39.

³³ Maurach Reinhart. "Tratado de Derecho Penal", traducción al español de Juan Córdoba Roda, Barcelona, Editorial Ariel Derecho, Tomo II, Pág. 30.

³⁴ Maurach Reinhart, obra citada, Pág. 30.

³⁵ Ibidem nota anterior.

Código Penal, se encuentra basada en una presunción de exigibilidad disminuida deducida de la conducta anterior irreprochable, y 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.

En un sentido semejante parece moverse la disposición contenida en el artículo 73, N° 5° del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, con arreglo a la cual, para fijar la pena, el juez debe tener en cuenta, entre otras circunstancias, "las demás condiciones personales del sujeto activo (...) en la medida en que hayan influido en la comisión del delito".

En consideración a todo esto, las críticas que suelen dirigirse a la atenuante no parecen enteramente fundadas³⁶. Si alguna vez se prescinde de ella, es posible que su ausencia se deje sentir en forma lamentable.

La ley exige una conducta anterior irreprochable, esto es, exenta de tacha.

El requisito es puramente negativo y, por lo tanto, no es preciso acreditar que el sujeto ha llevado una vida "virtuosa", pues esto último implica una actividad positiva en el sentido del bien³⁷. Basta con establecer que el autor se abstuvo siempre de obrar mal.

La irreprochabilidad supone que el comportamiento del agente ha respetado los requerimientos éticos con significación social³⁸. En consecuencia, no deben tomarse en consideración infracciones morales sin proyección sobre la convivencia.

Que el autor sea un consumidor habitual de literatura pornográfica o no ame a sus hermanos es aquí del todo irrelevante.

Sobre la ebriedad, que la jurisprudencia suele estimar óbice a la apreciación de la atenuante³⁹, debiera hacerse una decisión más final. La conducta del que se embriaga en la intimidad y sin provocar consecuencias indeseables para otros integrantes del grupo social, no es susceptible de reproche, al menos desde el punto de vista que aquí nos interesa. Otro tanto vale para el consumo de drogas.

La jurisprudencia entiende, por lo general, que no existe conducta anterior irreprochable si el autor ha sido condenado antes por un delito cualquiera. En principio, este punto de vista corresponde a la realidad, pero no debiera erigírsele, sin más, en regla.

Algunos hechos punibles de poca importancia, como las faltas, o que no merecen una reprobación ético-social intensa (delitos culposos, ciertos atentados sin víctima en contra de la moralidad sexual, como la sodomía consentida; determinados tipos de delitos políticos puros, algunos delitos económicos o tributarios, etc.), no deberían ser tomados

³⁶ Así lo entiende también el profesor Alfredo Etcheberry, obra citada, Pág.20.

³⁷ Novoa Monreal, Eduardo, obra citada, Págs. 39 y 40.

³⁸ Etcheberry Alfredo, obra citada, Pág. 20.

³⁹ Labatut Glenda Gustavo, obra citada, Pág. 313. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXI, Sección 1°, Parte 2°, Pág. 368.

en consideración sino en el caso de que realmente revelaran en el individuo una concreta inclinación antisocial ⁴⁰ .

La irreprochabilidad debe juzgarse con un criterio relativo a las circunstancias personales del sujeto ⁴¹ . El conductor de un taxi que permanece doce horas diarias frente a un volante puede invocar la atenuante si al cabo de veinte años ejerciendo su oficio incurre por primera vez un delito de tránsito; en cambio, no debiera concederse al que sólo maneja su automóvil particular desde hace sólo poco tiempo y únicamente en los fines de semana ⁴² .

Tiene derecho a la atenuación el obrero modesto que recién después de muchos años viviendo honesta y humildemente, se deja arrastrar por la tentación de apropiarse de una suma perteneciente a su patrón; no el jovencito disipador que incurre en la primera estafa tan pronto ha terminado de derrochar su herencia. "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" ⁴³ .

Como la ley no establece un límite temporal, se exige que toda la vida anterior del delincuente haya sido intachable. Pero, para Enrique Cury ⁴⁴ , es razonable el límite propuesto por Etcheberry, con arreglo al cual no debieran tomarse en cuenta hechos de la adolescencia y juventud que no revelan tendencia antisocial alguna y sólo son expresiones comprensibles de la efervescencia vital imperante en esa edad. Es así como cita Etcheberry en apoyo de su idea el ejemplo de que los muchachos de Unamuno, que quiebran los faroles del alumbrado público para expresar su entusiasmo juvenil, no dejan de gozar, por ese sólo hecho, de una conducta irreprochable ⁴⁵ .

A nuestro juicio, este límite impuesto por Etcheberry, en la actualidad es peligroso, considerando las actuales estadísticas de criminalidad juvenil. La idea de límite impuesto por este autor, se explica sólo si se toma en cuenta que fue expresada en su obra del año 1965, o sea, hace casi cuarenta años atrás, época en que las faltas cometidas por nóveles individuos no pasaban de ser bromas de estudiantinas o travesuras de barrio, como la que ejemplifica con los muchachos de Unamuno. Pero, hoy en día la delincuencia juvenil es tal, que no sólo puede ser atribuida al festivo espíritu de la juventud, sino muchas veces, acaso en la mayoría, a la plena conciencia criminal del joven que sabe, además, su carácter de inimputable y se vale de esta circunstancia. Creemos que el límite no debe existir bajo estas fatales consideraciones.

⁴⁰ Etcheberry Alfredo, obra citada, Pág. 20.

⁴¹ Labatut Glana, Gustavo, obra citada, Pág. 312.

⁴² Maurach Reinhart, obra citada, Pág. 33.

⁴³ Ibidem nota anterior.

⁴⁴ Cury Enrique, obra citada, Pág. 121.

⁴⁵ Etcheberry Alfredo, obra citada, Pág. 20.

A juicio del profesor Novoa, en los casos de reiteración de delitos que son enjuiciados en una sola sentencia, únicamente debe acreditarse la atenuante respecto del primero de ellos, ya que, en relación a los restantes, la conducta anterior habría cesado de ser intachable en razón de la comisión de aquel ⁴⁶.

Su punto de vista es correcto. En todo caso, el problema debiera ser mas bien teórico, pues si la atenuante se aplicara rigurosamente por los tribunales, lo más corriente sería que en la vida precedente del reiterante se encontrasen frecuentes manifestaciones de inclinaciones antisociales. La cuestión cobra importancia a causa de la forma extremadamente generosa en que los jueces prodigan la atenuación.

En efecto, la práctica suele contentarse a este respecto con una prueba superficial de que el sujeto no ha sido condenado antes por otro delito. Así, salvo raros casos en los que se opone a ello un querellante acucioso y logra obtener de los tribunales superiores una apreciación más cuidadosa, la atenuante se acredita invariablemente a aquel en contra del cual se impone una pena por primera vez -incluso en los casos de reiteración-. Todo este procedimiento, por cierto es criticable ⁴⁷.

Es preciso reconocer, dice Cury ⁴⁸, que también obedece a un deseo de hacer justicia dentro de un sistema de determinación de la pena excesivamente reglamentario. La jurisprudencia, impedida de apreciar mejor las circunstancias del hecho a causa del régimen de marcos punitivos rígidos, busca en la consideración manifiestamente laxa de esta atenuante, una forma de escapar a ese esquematismo de la ley.

2.4 Atenuantes fundadas en la conducta del autor posterior al delito.

Las atenuantes a que se refieren los números 7°, 8° y 9° del artículo 11 del C.P. aluden a conductas desplegadas por el sujeto después de consumado el delito o de haberse interrumpido su ejecución por causas independientes de su voluntad. Básicamente se fundan en consideraciones utilitarias: la ley otorga un tratamiento más benévolo al autor, con el objeto de estimularlo, aún después de perpetrado el hecho punible, a paliar sus consecuencias o a facilitar la tarea de hacer justicia. Sin embargo, tras ellas yace asimismo, aunque de manera secundaria, la idea de que, quien se comporta en esa forma, expresa un cierto arrepentimiento o, cuando menos, algún propósito de colaborar con el derecho, del cual se sigue un indicio de que la ejecución del acto típico no fue un producto enteramente libre de su voluntad. Esto último las emparenta también con los casos de exigibilidad disminuida. Aún sin ser decisivo, esto puede cobrar importancia

⁴⁶ Novoa Monreal Eduardo, obra citada, Pág. 373.

⁴⁷ Novoa Monreal Eduardo, obra citada, Pág. 39.

⁴⁸ Cury Enrique, obra citada, Pág. 122.

cuando se trata de establecer si la atenuante tiene características de "muy calificada", con arreglo al Art. 68 bis del C.P., o de ponderar su "entidad" para la aplicación de la norma contenida en el Art. 69 del C.P.

2.4.1 Reparación con celo del mal causado.

De conformidad con el Art. 11, N° 7°, se otorga una atenuación de la pena a quien "ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias".

La disposición fue tomada por los autores de la ley del Código Penal austriaco, pues no la contemplaba el español de 1848⁴⁹.

La ley supone aquí, el despliegue por el agente de una actividad que se realiza después de que el delito se encuentra ya consumado o, si ha quedado en estado de tentativa o frustración, cuando ya es evidente que no se consumará y luego de haberse efectuado el último acto de ejecución. Si, por el contrario, el autor actúa evitando voluntariamente la consumación, estaremos frente a un caso de desistimiento, que dará lugar a la impunidad y no a una pura atenuante.

La actividad aludida puede ser desplegada por el mismo autor o por un tercero a instancias de aquel; pero el sólo hecho de no impedir que otro la realice es insuficiente para la configuración de la atenuante.

No se requiere espontaneidad. La espontaneidad supone que la idea de reparar o impedir debe brotar en el sujeto sin intervención alguna de terceros. En el texto legal no hay elementos en que pueda apoyarse esta exigencia. Nada se opone a que el propósito de obrar en esa forma sea sugerido al autor por un tercero. Lo que en realidad se precisa es que la conducta sea ejecutada voluntariamente por el hechor; esto es, que, habiendo podido abstenerse de realizarla, se haya decidido libremente por ella.

Los motivos del individuo son irrelevantes. Da lo mismo que actúe por un impulso de auténtico arrepentimiento o tan sólo para procurarse el beneficio de una sanción mas benévola. Igualmente, carece de importancia el momento en que despliegue la actividad, siempre que sea el oportuno para la obtención de la finalidad perseguida. Por consiguiente, puede hacerlo también aún después de iniciado el procedimiento en su contra.

La conducta del autor debe ser celosa, es decir, tiene que importar un esfuerzo personal considerable, enderezado al logro de los objetivos determinados por la norma examinada. Pero, si dicha actitud existe, no importa que la reparación sea incompleta o que las ulteriores perniciosas consecuencias no consigan impedirse en todo o en parte⁵⁰. La ley se contenta con la exteriorización efectiva de un propósito serio; no reclama resultados exitosos.

⁴⁹ Novoa Monreal Eduardo, obra citada, Pág. 41.

⁵⁰ Etcheberry Alfredo, obra citada, Tomo II, Pág. 21.

Quando el mal causado es susceptible de reparación, como ocurre característicamente en los atentados en contra de la propiedad, el precepto requiere que el autor procure con celo darla. En los otros casos, que intente seriamente impedir las ulteriores consecuencias del delito.

2.4.2 Entrega voluntaria a la justicia.

El Art. 11 N° 8° del C.P., concede una atenuación al delincuente "si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito". La disposición no encontraba tampoco en los Códigos Penales españoles de 1848 y 1850, y fue tomada por el autor de nuestra ley del Código austriaco y del español de 1822.

La mayoría de la doctrina considera que, el fundamento de esta atenuante es básicamente utilitario (práctico): se premia al hechor porque con su conducta favorece la acción de la justicia. Sin embargo, la forma en que está concebido el precepto parece enfatizar más en este caso que en el del N° 7° las características indiciarias de exigibilidad disminuida que contiene la norma. En efecto, el sujeto que tuvo la posibilidad de eludir la acción de la justicia y, no obstante, prefirió someterse a sus dictados, parece evidenciar con ello una personalidad respetuosa de los mandatos y prohibiciones del derecho, de la cual el hecho punible bien puede no haber sido sino un producto anómalo, determinado por circunstancias que alteraron el proceso de formación de la voluntad. Aunque a veces pueden presentarse excepciones, lo usual es que quien decide cometer un delito libremente, espere también escapar a las consecuencias penales y procure hacerlo. Así pues, cuando se expone voluntariamente a sufrirlas, uno puede sospechar que la conducta típica precedente fue ocasionada por una situación extraordinaria a la cual el cedió mal de su agrado. Por consiguiente, en esta atenuante, como en ninguna otra de las de este grupo, las consideraciones utilitarias y de justicia se encuentran entrelazadas irremediabilmente.

La atenuación se concede a quien, bajo ciertos supuestos, se denuncia y confiesa el delito. El verbo "denunciarse" no está empleado en el sentido técnico que le atribuye el Art. 82 del C.P.P., sino en el coloquial de "entregarse a la justicia" o "comparecer ante ella". Por esta razón, la denuncia puede producirse aunque el proceso ya esté iniciado e incluso si se ha dirigido en contra del autor. El sujeto debe, además, "confesar", en el sentido de reconocer su participación en el hecho punible. La existencia de esto último, en cambio, debe ser acreditada por otros medios, pues, con arreglo al sistema procesal vigente, la confesión no es hábil para este efecto.

El que se denunció y confesó sólo se beneficia de la atenuante si contaba con la posibilidad de eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose.

2.4.3 Colaboración sustancial.

De acuerdo con el N° 9° del Art. 11⁰ del C.P., se atenúa, por último, la pena "si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos".

Aunque, también en este caso el fundamento de la atenuación es básicamente utilitario, no le es completamente extraño cierto carácter indiciario de una exigibilidad disminuida. Al efectuar una colaboración que será decisiva para la condena, el autor está evidenciado una personalidad a la que la ejecución del hecho punible es en algún modo ajena. En todo caso, se exige del autor que haya efectuado una colaboración sustancial, es decir, que de esta colaboración, irremediablemente, se hayan esclarecido los hechos, siendo de tal peso la colaboración, que sin ésta, no se hubiera logrado jamás tal fin.

CAPITULO TERCERO: "LA COOPERACIÓN EFICAZ COMO ATENUANTE ESPECIAL DENTRO DEL ANTIGUO PROCEDIMIENTO PENAL"

3.1 FINALIDAD DE LA COOPERACIÓN EFICAZ.

La cooperación eficaz tiene, intrínsecamente, dos finalidades. La primera, conduce a la determinación del único cuerpo del delito o de sus autores, cómplices o encubridores y la segunda: es útil para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otro u otros delitos de igual o mayor gravedad, contemplados en la Ley N° 19.366.

En otras palabras: o se trata del mismo y único hecho constitutivo del delito en actual examen, susceptible de ampliación objetiva, (cuerpo del delito) o de extensión subjetiva, (mayor cantidad de partícipes o encubridores); o bien, se trata de un hecho diferente, distinto de aquel en actual investigación, pero también constitutivo de algún delito contemplado en la misma ley; y que es preciso prevenir o impedir que se perpetre o consume, como textualmente dice la Ley N° 19.366.

En lo que respecta a este último extremo -y nos parece bien-nuestra jurisprudencia ha admitido la cooperación eficaz cuando, mediante ella, se logra la represión de un delito diferente a aquel en que ha participado el "cooperador", aún cuando ya se haya perpetrado y consumado; y por lo mismo haya dejado de ser física o jurídicamente posible "prevenir o impedir que se perpetre o consume", como literalmente se expresa en la propia ley.

La voluntad de ésta es clara; y su política criminal, la de evitar o bien sancionar el mayor número de delitos en ella contemplados. Es decir, no siempre será posible prevenir o impedir la ocurrencia del "otro" delito; pero en la hipótesis de la cooperación eficaz y para que ésta se de, siempre será posible reprimirlo.

3.2 AUTORIDAD ANTE QUIEN SE PRESTA.

Asimismo, la cooperación eficaz puede ser prestada a la autoridad administrativa, policial o judicial.

a) En el primer caso, estamos en presencia de un inculcado cuya detención ha sido decretada por un Intendente Regional o un Gobernador Provincial en los casos previstos por el número 3° del artículo 258 del Código de Procedimiento Penal; y que, ante esta autoridad, el detenido se explaya, revelando circunstancias que permiten establecer el cuerpo del delito en que este se encuentra participando o ya participó; o bien señala al resto de coautores, cómplices o encubridores vinculados a dicho delito. O, por último, denuncia o delata un delito diferente del propio.

Es posible razonar también sobre la base improbable de que el sujeto voluntariamente se presente ante la autoridad administrativa y confiese su delito, situación de hecho posible, de todas las hipótesis de cooperación eficaz, anteriores al inicio de un sumario criminal propiamente tal.

b) En el segundo caso, debemos suponer a un sujeto que es sorprendido por la policía ejecutando un hecho que importe autoría, complicidad o encubrimiento de un delito de la Ley N° 19.366.

Y, por ese motivo, la policía hace uso de la facultad contemplada en el inciso 4° del artículo 83 del mismo Código. Y ante la propia policía el sujeto extiende una amplia confesión y testimonio acerca del cuerpo del delito propiamente tal y de los terceros copartícipes o encubridores del mismo. O, como ya señaláramos, utiliza la segunda perspectiva de la cooperación eficaz y denuncia o delata otro delito diferente del propio.

Para los efectos de las dos letras anteriores, hay que aceptar y convenir que la confesión acerca de las circunstancias propias del cuerpo del delito debe considerársela en el limitado alcance que habrá de dársele: como un camino a recorrer por la autoridad administrativa o por la policía para descubrir por sí mismas el delito; y de manera alguna como "prueba" del hecho, en los términos prohibidos por el artículo 481, regla 4ª, del Código de Procedimiento Penal.

En otras palabras, sería absolutamente impropio declarar "probado" el cuerpo del delito con la confesión extrajudicial del cooperador eficaz. La regla reguladora de la prueba recién citada sigue inalterable en el sistema del Código aludido, cualesquiera sea la naturaleza del delito de que se trate y del método de apreciación de la prueba del mismo. La regla mencionada no importa "norma de apreciación" de la prueba o de su valor, pues es una prohibición ontológicamente anterior a la valoración o merito que se le atribuya.

c) En el tercer caso, ante la autoridad judicial, la cooperación eficaz puede presentar dudas en cuanto a la oportunidad en que deba prestársela, pues la causa o proceso del propio "cooperador eficaz" puede encontrarse en sumario, en plenario, en estado de sentencia o después de pronunciada esta última; en estado de consulta o apelación de dicha sentencia para ser revisada por el tribunal de alzada; o bien, en estado de casación formal o sustantiva para ser conocida por el tribunal supremo. Y peor aún: ¿Qué ocurre en la cooperación eficaz prestada después de ejecutoriada la sentencia de término y declarada la responsabilidad penal del cooperador eficaz?

3.3 PROCEDIMIENTO PARA APLICAR LA COOPERACIÓN EFICAZ.

Es necesario examinar previamente, de qué manera se debe sustanciar, de acuerdo con la ley, la cooperación eficaz que anuncia un inculgado, procesado, acusado o condenado.

No existe norma adjetiva relativa a la sustanciación que debe tener este anuncio, cuando se efectúa a la autoridad administrativa o policial, de manera tal que debe entenderse entregada la forma de recogerla, a aquella más idónea y armónica con el funcionamiento del respectivo Servicio. La ley sólo dice que "tales declaraciones y antecedentes" tienen el carácter de secretos "desde que se den o entreguen a la autoridad o funcionarios a que se refiere el inciso primero de este artículo".

Si la cooperación se anuncia al juez de la causa, "el juez deberá formar cuaderno especial y separado con todo ello", es decir, con las declaraciones y antecedentes que proporciona el justiciable. Se tratará de su propia declaración, debidamente especificada, señalando toda clase de circunstancias y detalles, nombres, lugares y tiempos, antecedentes escritos que pudiere tener o estuviesen en poder de terceros; en fin, el juez habrá de interrogarlo acerca de todos estos detalles con la mayor precisión posible, observando la veracidad que el testimonio del encausado le merezca. Y a nuestro juicio, allí concluye el cuaderno especial o separado, pues las diligencias que de él emanan, deberán ser decretadas en el cuaderno principal, pues en él se pesquisa el cuerpo del delito y la participación de autores, cómplices y encubridores. No procede en este cuaderno especial interrogar a terceros inculgados.

La precisión y veracidad de lo expuesto por el supuesto cooperador habrá de comprobarse en el cuaderno principal, de acuerdo con las diligencias consecuentes que en él se llevan a cabo.

Si parece que la resolución judicial que declare la "cooperación eficaz" debe estar contenida en este cuaderno especial. Como conclusión del mismo, debiendo citar fundadamente en dicha resolución judicial, las piezas del proceso principal logradas y comprobadas gracias a esta cooperación y que han conducido al juez a estimarla y declararla eficaz, razonando, además, en quo consistió su eficacia.

En una ampliación subjetiva del procesamiento, por ejemplo; o bien, en la mayor cantidad de droga incautada; o en la prevención de la comisión de otro delito contemplado en la ley, de igual o mayor pena que el primero cometido, etc.

3.4 OPORTUNIDAD EN QUE SE DEBE PRESTAR LA COOPERACIÓN EFICAZ.

Para resolver el tema relativo a la oportunidad en que debe prestarse la "cooperación eficaz" con el fin de que armonice con el sistema procesal común sobre crimen o simple delito de acción penal pública, es menester, a nuestro juicio, distinguir ambas modalidades de eficacia de la "cooperación eficaz":

(1) Cuando dice relación con el delito al cual se encuentra vinculado el cooperador eficaz, es decir, con sus propios delitos y proceso penal; con el hecho en dicha causa investigado y del cual emana la responsabilidad penal que el cooperador eficaz quiere mitigar; y,

(2) Cuando la cooperación eficaz dice relación con otros delitos de igual o mayor gravedad, originados en un hecho distinto al del propio cooperador, pero igualmente constitutivo del delito según la Ley N° 19.366. En este caso, el cooperador eficaz denuncia un hecho diferente del propio, delatando o no a terceros, sin perjuicio de lo cual, no existe inconveniente jurídico de que también en él haya participado el propio cooperador o haya intervenido como encubridor. Se planteará, en este caso, la posibilidad dudosa de reconocer una "doble" cooperación eficaz, respecto de ambos delitos.

Examinaremos primero el tema (2), por ser de más sencilla solución.

Se debe recordar que se trata de la denuncia de un delito distinto de aquel por el cual el inculcado o encausado se encuentra detenido o preso.

La delación de que se trata, puede manifestarla el encausado en cualquier estado en que se encuentre su propia causa. Podrá encontrarse en sumario, plenario, en estado de prueba, de medidas para mejor resolver, de sentencia, en alzada o en casación.

Le bastará con efectuar la denuncia a su propio Juez, quien tendrá que practicar las primeras diligencias del sumario, si el delito de que se trata ha sido cometido dentro de su territorio jurisdiccional (artículo 6° del C.P.P.); o bien comunicará la denuncia al tribunal territorialmente competente de acuerdo con los dichos del delator.

En este caso, se debe reiterar, estamos en presencia de dos hechos ilícitos distintos,

acaecidos con gran seguridad, en distintos tiempos, cuyos lugares pueden o no ser los correspondientes al territorio jurisdiccional del mismo juez.

Existen, para mayor claridad, un proceso "A", en el que se persigue la responsabilidad penal del cooperador eficaz; y un proceso "B" que puede o no llevar el mismo juez del proceso, y que ha sido iniciado por medio de la delación de quien pretende asilarse en la "cooperación eficaz" para mitigar su responsabilidad penal que se investiga en su propio proceso "A".

El juez del proceso "B" se pronunciará tan pronto le sea posible y en cualquier estado del juicio acerca de si la cooperación prestada fue eficaz (Art. 33 de la Ley N° 19.366). Esta situación puede darse desde el momento en que -con los antecedentes proporcionados por el cooperador eficaz- el cuerpo del delito "B" se encuentre suficientemente justificado; es decir, se cumpla la exigencia del N° 1^o del artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, aun cuando no, aquella de su número 2°.

No lo dice expresamente la ley, pero si lo desprende el sentido común, que declarada "eficaz la cooperación" por el juez del proceso "B", suponiendo que se trate de un tribunal diferente; y encontrándose firme esta resolución deberá comunicarlo de inmediato al juez del proceso "A".

El espíritu de la ley apunta a que el juez que investiga el grado de responsabilidad penal del "cooperador eficaz" en el proceso "A", conozca cuanto antes esta situación, pues es probable que el derecho a la libertad provisional se haga más fuerte y vigoroso en este caso; como asimismo, la posibilidad de rebajar la pena en una sentencia definitiva también es estimulada por la declaración firme anterior.

Esta situación no deja de ser curiosa, puesto que, una resolución judicial dictada en un proceso penal ajeno, pudiera ser vinculante para el juez que examina la responsabilidad penal del mismo sujeto; y que le permitiría, si así le pareciera justo, disminuir o mitigar el castigo penal que a su justiciable habría de corresponder en su causa.

En otras palabras, la causal de atenuación de responsabilidad penal emanaría de un órgano jurisdiccional distinto de aquel que habrá de pronunciarse sobre dicha responsabilidad -si existe o no -y sobre la cantidad de castigo a que es acreedor el cooperador eficaz (sobre este punto volveremos mas adelante).

La declaración de "cooperación eficaz" resuelta en el proceso "B" puede llegar a conocimiento del juez del proceso "A" en alguna de las diferentes etapas de evolución de aquella primera causa (razonando siempre sobre la base de haber causado ejecutoria la resolución que la declaró).

Puede afirmarse, que tal declaración de existencia de "cooperación eficaz", siempre será útil para resolver el tema de la "libertad provisional", cualesquiera sea el estado del proceso penal "A"; y mientras no esté firme la sentencia definitiva de término que ponga fin a dicho proceso. La presumible cantidad de castigo que conlleva un comportamiento penal, siempre ha sido un antecedente valiosos para resolver sobre la "excarcelación" de cualquier encausado.

Para que tenga valor como atenuante y sea apta para disminuir la responsabilidad

penal del hechor, debe ser noticiada o comunicada al juez del proceso “A”, antes de dictarse sentencia definitiva de primera instancia, que es la oportunidad en donde deberá darle el alcance o eficacia jurídica que le parezca mas adecuada al caso que juzga.

Pero, ¿qué ocurrirá si esta noticia llega al juez de la causa “A”, una vez decretada la consulta o concedida la apelación de la sentencia definitiva de primera instancia, habiéndose producido el fenómeno del desasimiento del tribunal?

En este caso, es posible pensar que la Corte de alzada se encuentra facultada para atribuir merito mitigante a la resolución declaratoria de "cooperación eficaz", en virtud de lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 527 del Código de Procedimiento Penal. Debe entenderse "comprendida" en la causa un elemento de tanta importancia como es la posibilidad de atenuar la responsabilidad penal del encausado, justamente, en dicha causa. Advirtiendo, por lo demás, que en ella debió dejarse constancia de la denuncia o delación del cooperador eficaz, aún cuando sobre tal materia se haya pronunciado un tribunal diferente de aquel que inicialmente conoció de la delación de que se trata.

Distinta es la situación, si la sentencia definitiva de segunda instancia no se pronunció sobre esta resolución de cooperación eficaz por haber sido tardíamente pronunciada por el juez del proceso “B”; si ello ocurrió, por ejemplo, después de la pronunciada dicha sentencia definitiva por la propia Corte.

Suponiendo que en la causa se encuentre pendiente el plazo para interponer recursos de casación para atacar a la sentencia definitiva de segunda instancia: ¿Podrá invocarse alguna causal de forma o de fondo para impugnarla, por esta omisión que "pudiese" perjudicar al condenado?

Es factible argumentar que no. Desde luego se excluye la posibilidad de impugnación formal del fallo, por cuanto el sentenciador estuvo impedido física y jurídicamente de pronunciarse sobre esta posible mitigante de responsabilidad penal al no haber tornado conocimiento oportuno de ella; y se excluye también la casación sustantiva, por cuanto la norma del artículo 33 de la Ley N° 19.366 es facultativa para el sentenciador, no es obligatoria, al decir que "en estos casos el tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados". Recordemos que si la sentencia definitiva hubiese rechazado la atenuante de cooperación eficaz, pronunciándose sobre ella, de haberle sido posible, ni aún así, el recurso de casación en el fondo habría podido prosperar, pues siempre estuvo al arbitrio del sentenciador -fue su facultad- acoger o no la cooperación eficaz como mitigante; y siendo una atribución que pudo o no ejercer el juez de mérito, no puede decirse que tenga influencia substancial en lo dispositivo de la sentencia al no acogerse, por lo que -con mayor razón- si no se pronunció sobre ella la sentencia al no haberla tenido a la vista al momento de fallar, tampoco podría invocarse la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal para impugnarla.

Finalmente, si la cooperación eficaz fue declarada una vez firmada la sentencia de termino ejecutoriada, ningún efecto jurisdiccional puede ya producir, sin perjuicio de las facultades que la Constitución Política del Estado otorga y reconoce al Ejecutivo en cuanto este podría considerar favorablemente tal comportamiento del condenado en un posible indulto total o parcial de la pena.

Es hora de examinar a continuación el tema (1) propuesto con anterioridad, esto es,

cuando la pretendida "cooperación eficaz" quiere hacérsela valer en la propia causa o proceso en que es encausado el cooperador que pretende mitigar su castigo, para lo cual debe ampliar o extender el hecho mismo constitutivo del cuerpo del delito por el que se encuentra inculcado o procesado; o delatar a otros sujetos, también con él vinculados, pero omitidos hasta ese instante.

En este caso, el inculcado dentro del periodo de detención o el encausado si fue sometido a proceso, "podrá declarar cuantas veces quisiere y el juez le recibirá inmediatamente la declaración si tuviere relación con la causa" (Art. 336 del C.P.P.), por lo que debemos suponer que este procesado, preocupado por la magnitud del castigo penal a que se encuentra expuesto, opta por cooperación eficazmente con la investigación y amplía su testimonio a los extremos propios de esta figura, sea vinculados al cuerpo del delito por el cual se encuentra encausado, sea a los mencionados y omitidos -hasta dicho instante- coautores, cómplices o encubridores del mismo hecho o delito.

Ejemplifiquemos: "Pedro es sorprendido con 100 gramos de clorhidrato de cocaína destinados indudablemente al tráfico y es puesto a disposición del tribunal, conjuntamente con la droga. Desea mitigar su eventual castigo mínimo de cinco años y un día de presidio mayor y solicita audiencia con el juez de la causa a quien informa de su deseo de cooperar eficazmente con la investigación, para lo cual señala que esos cien gramos encontrados en su poder forman parte de un kilogramo que tiene oculto Diego en un determinado lugar, donde, efectivamente, este kilogramo es encontrado". O bien, le indica quien es su proveedor de droga, quienes la proporcionan al proveedor y cómo y por quienes, la droga es transportada desde el norte a la ciudad de Santiago. Consecuencia de esta cooperación, una red de narcotraficantes es desbaratada y los asociados sometidos a proceso, situación en la cual se encuentra también el cooperador.

En otras palabras, el proceso que en un comienzo tuvo un solo encausado por tenencia de cien gramos de clorhidrato de cocaína, hoy puede tener cuatro o cinco procesados y un kilogramo de dicha sustancia estupefaciente.

Esta cooperación eficaz, ¿en que etapa del proceso penal debe prestarse?

Consideremos que puede tener lugar tanto en el sumario cuanto en el plenario, o con ocasión de las medidas para mejor resolver, pero siempre antes de la sentencia definitiva de primera instancia para que pueda ser considerada y ameritada en dicho fallo.

Se debe recordar que "tales declaraciones y antecedentes tendrán carácter secreto desde que se den o entreguen a la autoridad o funcionarios a que se refiere el inciso primero de este artículo"; y que "el juez deberá formar cuaderno especial y separado con todo ello..." de manera tal, que se produce, necesariamente, un instante de dualidad de cuadernos, el principal, por una parte; y el de cooperación eficaz, por otra, de tal manera que ninguno entorpece la substanciación del otro. En consecuencia, si la declaración de eficacia de la cooperación queda firme con anterioridad al fallo de primera instancia, éste podrá recogerla y adecuar la penalidad en la forma que estime procedente, según la naturaleza de los hechos.

Sin embargo del criterio general recién planteado, es bueno examinar el momento en que pudiera producirse esta delación. La luz que debe iluminar esta investigación, emana

del propio contenido de la cooperación eficaz, en cuanto por ella habrá de conducirse al tribunal a la determinación del cuerpo del delito o de sus autores, cómplices o encubridores, por medio del suministro de datos o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyen necesariamente al esclarecimiento aludido. Se desprende de lo dicho que la etapa del sumario es la más adecuada para efectuar la investigación de que se trata, por cuanto, justamente, las diligencias destinadas a determinar el cuerpo del delito y sus partícipes o encubridores, tienen por objeto "preparar el juicio por medio de tales esclarecimientos "y constituyen el sumario" (Art. 76 C.P.P.).

En consecuencia, la "cooperación eficaz" tenida lugar durante el sumario y hasta antes de quedar firme la resolución que lo declara cerrado definitivamente, permitirá ampliar el cuerpo del delito materia del proceso o el auto de procesamiento a terceros, continuándose enseguida el procedimiento en forma regular.

Pero debemos ponernos en el caso de que lo anterior no ocurra. Y que la cooperación eficaz se preste durante el plenario, durante el término probatorio, por ejemplo. ¿Qué ocurre en éste caso?

Recordemos que el juez está en la obligación de "comprobar" los datos e informaciones que se le proporcionen, los que deben ser "precisos y verídicos", además de contribuir necesariamente al "esclarecimiento aludido". Y que ya carece de sumario con tal propósito. Y que su declaración de "cooperación eficaz" importara una extensión objetiva del cuerpo del delito o bien una extensión subjetiva de investigación de responsabilidad penal respecto de terceros distintos del "cooperador".

Este problema no está resuelto en la ley. Y parece que en, virtud de principios procesales penales básicos, como son el de continencia o unidad del proceso penal a que hace referencia el artículo 77 inciso 1º del C.P.P.; y el de finalidad exclusiva y excluyente del sumario, a que se refiere el artículo 76 del mismo Código, obligan al juez de la causa a retrotraer esta al estado de sumario, perdiéndose lamentablemente lo obrado durante el plenario, con el propósito de que el cuerpo del delito quede perfectamente nítido y estable; y en un mismo proceso se investigue la responsabilidad penal de todos quienes participaron o intervinieron en él, como es el deseo primario del legislador.

Desde el punto de vista de la economía procesal, resulta menos perjudicial este retorno al estado de sumario para determinar la extensión verdadera de la investigación, que esperar la sentencia de término ejecutoriada de la causa para abrir nuevas investigaciones de responsabilidades penales de terceros. Por lo demás, la situación procesal planteada en el artículo 507 del C.P.P. dice relación con un delito "diverso" del que ha sido materia de la acusación y defensa, por lo que no puede hacersele extensivo al caso del mismo delito, pero de otros copartícipes, que por fuerza mayor no pudieron quedar comprendidos en la sentencia firme.

Supongamos ahora, que la delación tuvo lugar sólo una vez que el encausado conoció del castigo dictado en la sentencia de primera instancia. Y justamente, motivado por lo elevada de la pena asignada a su delito, intenta una cooperación eficaz. La sentencia definitiva produce el efecto del desasimio (Art. 182 del C.P.C.), por lo que el tribunal no podrá alterarla de manera alguna.

¿Qué debe hacer este juez, que es informado por ejemplo, que "terceros", a quienes no proceso ni acuso, participaron en el delito por el cual condeno únicamente a este cooperador que tan tardíamente le comunica este hecho?

Desde luego, aún cuando se haya desprendido del expediente principal por haberlo remitido por la vía de la consulta o de la apelación al tribunal de alzada, deberá abrir el "cuaderno" sobre cooperación eficaz. Y mas aún, suponiendo que los antecedentes e informaciones proporcionados por el cooperador son "precisos, verídicos y comprobables" y "contribuyen necesariamente al esclarecimiento aludido", habrá de iniciar, por medio de un auto cabeza de proceso, un nuevo sumario criminal destinado a investigar la responsabilidad penal de estos terceros denunciados por el cooperador eficaz, compulsando todas las piezas de aquel ya fallado, con el fin de aprovechar las actuaciones y diligencias investigatorias anteriormente cumplidas.

No podría darse el caso de "litis pendiente" desde el momento que habrá de investigarse la responsabilidad de una persona natural que no fue parte en el proceso actualmente en substanciación; y sabemos que estas responsabilidades penales son absolutamente individuales y pueden ser completamente diferentes para unos y otros partícipes en un mismo hecho, algunos podrán ser excusados de responsabilidad penal si concurren causas de inimputabilidad; o bien de inculpabilidad; e inclusive, de justificación, de manera tal que sólo el hecho objetivo, el núcleo del cuerpo del delito será lo único en común entre uno y otro proceso, no dándose una eventual "litis pendiente" como hemos señalado.

Durante esta investigación podrá el juez declarar la "cooperación eficaz" del primitivo condenado, informando de ello a la Corte respectiva, la que, si toma conocimiento oportuno de esta resolución y de acuerdo al artículo 257 del Código de Procedimiento Penal, podrá dar o no eficacia mitigante a la cooperación prestada, reduciendo la pena en uno o dos grados, como permite el artículo 33 de la Ley N° 19.366.

Si la cooperación se presta extemporáneamente, mas allá de conocida la sentencia definitiva de segunda instancia, debemos concluir que carecerá de eficacia para atenuar la pena del condenado, siendo útil su delación exclusivamente desde un punto de vista social, en cuanto denuncia responsabilidades penales de terceros, susceptibles de ser investigadas en un sumario penal diferente del anterior y que la comunidad tiene interés en reprimir y castigar.

La sentencia condenatoria ejecutoriada de término; y la resolución firme que declaró la tardía pero inútil "cooperación eficaz" del condenado; y ya cumpliéndose el castigo por éste, sólo le permitirá invocarla ante la autoridad administrativa competente para ser considerada en un eventual indulto presidencial, con una probable mayor benevolencia no se hubiere producido jamás de no mediar la cooperación eficaz.

3.5 NATURALEZA DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE LA DECLARA.

La naturaleza de la resolución judicial que declara la "cooperación eficaz" con anterioridad a la sentencia definitiva, es esencialmente provisoria, como ocurre con la mayoría de las resoluciones que recaen en el proceso penal. Causa ejecutoria, en el sentido de que puede sustentarse en ella otra resolución judicial también provisoria como es la libertad provisional, pero no produce el efecto de cosa juzgada, a menos que sea declarada en la sentencia definitiva en cuyo caso aprovecha el efecto de esta última.

Significa lo anterior, que si, durante el procedimiento penal hubo resolución "incidental", por así llamarla, de cooperación eficaz, esta declaración no es vinculante para el juez; y puede éste desconocerla en su sentencia definitiva. Tendrá un valor aleatorio durante el proceso mismo, siendo útil para justificar una excarcelación, como hemos dicho, pero ningún otro mientras la sentencia definitiva no declare su eficacia mitigante.

Durante el procedimiento penal es un simple auto que puede dejarse sin efecto en cualquier momento, de oficio o a petición de parte; asimismo, puede reiterarse la petición de declaración de cooperación eficaz, cada vez que pudieran darse nuevos antecedentes. Sólo la sentencia definitiva le atribuirá su mérito atentatorio final; o bien ninguno. Pero carece de trascendencia durante el procedimiento, salvo el aleatorio y tácito a que ya hicimos referencia.

Significa lo expuesto, que solicitada la declaración de "cooperación eficaz" por el encausado durante la substanciación de la causa; y negada por el tribunal, esta resolución sería inapelable por no causar agravio al solicitante, toda vez que carece de trascendencia mientras no sea reconocida su función mitigante, lo que sólo ocurre en la sentencia definitiva. Esta última sentencia al desconocerla, si causaría agravio, procediendo en su contra los recursos de casación formal y sustancial, en sus respectivos casos y el ordinario de apelación, respecto de la de primera instancia.

Hay, no obstante, un problema que no puede dejar de abordarse en esta ocasión, que es bastante complejo y que ya insinuáramos anteriormente y que hace indispensable responderse la siguiente interrogación:

Cuando el encausado en un determinado proceso, proceso "A", como antes señalábamos, denuncia y delata un delito absolutamente ajeno al propio, con el propósito de ser considerado "cooperador eficaz" y mitigar su pena, y el juez del proceso "B", declara o niega incidentalmente la cooperación eficaz: ¿ es vinculante y obligatoria tal declaración para el juez del proceso "A"? ¿Podría este último juez, en su sentencia definitiva, contradecir lo resuelto por el juez del proceso "B"?

Se debe recordar que la responsabilidad penal, su existencia, o inexistencia, y en el primer caso, las modificatorias que concurran y la cantidad de castigo que merece el justiciable, habrá de determinarla el juez del proceso "A", el cual debemos entenderlo soberano para conocer de todas las circunstancias modificatorias que concurran y de precisar, debidamente individualizada, la pena justa que correspondía al caso concreto. Parece que la resolución provisoria dictada por el juez del proceso "B", que declaró o negó la concurrencia de la "cooperación eficaz", no es obligatoria en definitiva para el juez del proceso "A", quien esta facultado para rever lo resuelto transitoria y provisoriamente por aquel juez distinto, extraño a la causa; ya que el verdaderamente y

por naturaleza único llamado por la ley para pronunciarse sobre el universo de circunstancias que comprende la responsabilidad penal es el juez de la causa del proceso "A".

Digamos, en apoyo dogmático y positivo de la afirmación anterior, que el N° 4 del artículo 500 del C.P.P. señala que corresponde a la sentencia definitiva contener "las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que estos alegan en su descargo, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta". Obviamente, la sentencia definitiva la pronuncia el juez de la causa correspondiente al procesado "A", que conoció de lo principal que determinó la responsabilidad penal del encausado.

En todo caso, pareciera conveniente que en una próxima reforma de la Ley N° 19.366 estos extremos se contemplaran expresamente y no quedaran entregados a la subjetividad del intérprete.

3.6 EL SECRETO.

El cuaderno especial es secreto. Es la regla general. Y debe ser de ese modo para la seguridad personal del delator y de las personas efectivamente próximas a él, en todos quienes pueden descargarse la venganza por los delatores o por las organizaciones a las cuales estos últimos pudieren pertenecer.

Excepcionalmente determinadas personas y órganos tienen acceso a el.

De entre los órganos, cabe mencionar al tribunal superior jerárquico que conoce de algún recurso deducido respecto de alguna resolución recaída en la causa principal. La apelación de un auto de procesamiento, de una denegatoria de libertad provisional, etc., y todo esto sin perjuicio de los recursos ordinarios y extraordinarios que afecten a la sentencia definitiva que recaiga en la causa.

Asimismo, puede conocer de este cuaderno especial y secreto, cualesquier otro juez que investigue "otro hecho delictuoso", no necesariamente un crimen o simple delito de la Ley N° 19.366 (la ley no distinguió), en cuyo caso el juez de la causa principal donde se sustancia el cuaderno especial secreto, calificará la conveniencia de proporcionarlo por "un leve plazo" al tribunal requirente. En caso de contradicción entre ambos tribunales, califica "la conveniencia" de proporcionarlo el tribunal superior jerárquico común, el que puede ser la propia Corte Suprema si los tribunales no dependen de una misma Corte de Apelaciones.

Finalmente, tiene derecho a conocer del cuaderno especial o secreto y solo de las piezas pertinentes, la persona delatada en cuya contra se invocan, sea para fundar el auto de procesamiento, si tiene conocimiento del sumario, sea que sirvan de fundamento al auto acusatorio o a la sentencia definitiva que se dicte en la causa.

Ha sido la anterior la formula lograda para obtener el equilibrio entre el legítimo derecho a defensa del reo y la seguridad que merece la persona de su inculpador o

delator.

3.7 EFECTOS DE LA COOPERACIÓN EFICAZ DENTRO Y FUERA DEL PROCESO.

La cooperación eficaz una vez declarada, produce o puede producir efectos dentro y fuera del proceso en que se investiga la responsabilidad penal del "cooperador".

a) Dentro del proceso, pueden estos efectos ser tácitos o expresos; y manifestarse en un auto provisorio o en la sentencia definitiva de la causa.

Tácitos, por cuanto si bien el legislador no lo ha dicho, pareciera no haber duda que el sujeto respecto de quien se ha declarado que coopera eficazmente con la investigación, estará en una buena situación procesal para obtener su libertad provisional, siempre, naturalmente, que no surjan de la causa los impedimentos propios del artículo 363 del C.P.P.

El juez razonará íntimamente acerca de la sanción legal probable y de la posibilidad de otorgársele alguno de los sistemas alternativos de la pena de la Ley N° 18.216, según lo permite, en estas circunstancias, el artículo 40 de la Ley N° 19.366, de tal manera que no puede estar en mejores condiciones el cooperador eficaz para obtener su excarcelación. Por eso se puede decir que por la vía de un auto esencialmente provisorio -la resolución que otorga la libertad provisional del cooperador eficaz- tácitamente, la declaración de que la hubo, ha producido efectos dentro del proceso.

Expresamente ha dicho la Ley N° 19.366, en su artículo 33, que al cooperador eficaz puede reducirse la pena hasta en dos grados. Es decir, como normalmente estos delitos inician el castigo corporal con presidio mayor en su grado mínimo, reducirlo hasta en dos, significa que la pena puede comenzar en presidio menor en su grado medio o máximo, esto es, entre quinientos cuarenta y un días y cinco años de sanción corporal, lo que a su vez permite -de darse las exigencias comunes- aplicar una pena alternativa de remisión condicional, reclusión nocturna o de libertad vigilada de acuerdo con el artículo 40 recién citado y lo dispuesto en la Ley N° 18.216.

De este modo, será la sentencia definitiva la que resuelva estos extremos.

b) Fuera del proceso, la cooperación eficaz hace surgir una serie de efectos que dicen relación, fundamentalmente, con medidas de protección.

El juez debe proceder de oficio; "y disponer de inmediato todas las medidas que sean necesarias para la protección" del cooperador eficaz, de su cónyuge, ascendientes o descendientes legítimos o naturales y demás personas que, atendidas las circunstancias del caso, lo requieran. Así, por vía de ejemplo, dispondrá el aislamiento del preso y una constante vigilancia del mismo para evitar que sea agredido, lesionado o muerto en el interior del recinto de reclusión; o decretará vigilancia permanente en la morada de la familia del cooperador eficaz; o autorizará al encausado o a algunas de las personas señaladas, para usar nombres y apellidos distintos de los propios y el otorgamiento de

nuevos documentos de identidad. Si así se resuelve, "la Dirección General del Registro Civil e Identificación adoptará todos los resguardos necesarios para asegurar el carácter secreto de estas medidas". Las resoluciones destinadas a la protección del cooperador y de sus personas próximas, "se estamparán en un libro especial que el secretario del tribunal guardará bajo custodia". Y "las actuaciones judiciales y administrativas a que den lugar las medidas" indicadas, "serán secretas".

Como puede observarse, corresponderá al juez, en cada caso particular, determinar las medidas de protección que su inteligencia le indique sean las más adecuadas a la situación planteada. Y si bien es cierto, estas facultades y estos resguardos adoptados por el legislador, parecieren exagerados atendida la naturaleza aún limitada de los delitos que en nuestro país se cometen; como también a la ausencia de grandes carteles u organizaciones destinadas al tráfico ilícito de estupefacientes, cabe señalar que ha sido correcto anticiparse a una eventual aparición de éstos; y que ya se ha procedido al cambio de identidades de determinadas personas en nuestro país, para lograr la protección de sus integridades físicas y de sus vidas.

Finalmente, cabe agregar que "quienes hayan sido autorizados para usar nueva identidad sólo podrán emplear ésta en el futuro"; y que "el use malicioso de los primitivos nombres o apellidos y la utilización fraudulenta de los nuevos" son sancionados con presidio menor en su grado mínimo.

Y se presenta el problema, en este último caso, del concurso de esta figura penal con los delitos propios de los artículos 468 y 473 del Código Penal, tema obviamente ajeno a la "cooperación eficaz", que fue lo que estamos sistematizando.

3.8 LA COOPERACIÓN EFICAZ Y LA LEY N° 18.403 SOBRE TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES, DE 1982.

Un tema de mucho interés es el examen de la "cooperación eficaz" en relación con la Ley N° 18.403.

No obstante encontrarse este último cuerpo legal derogado según el artículo 59 de la Ley N° 19.366, la aludida disposición legal se encargó de otorgar expresamente el efecto conocido como de "ultraactividad" a la Ley N° 18.403.

Dice este artículo:

"Derogase la Ley N° 18.403.

"Con todo, la Ley N° 18.403 continuará vigente para los efectos de la sanción de los delitos en ella contemplados y perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley, en cuyo caso la pena se regulará, además, según lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal. La tramitación de los respectivos procesos, la prueba y la apreciación de la misma, se regirán, sin embargo, por las normas de esta ley.

Toda referencia legal o reglamentaria a la Ley N° 18.403 debe entenderse hecha a esta ley."

La Ley N° 18.403 contempla fundamentalmente "crímenes", es decir, delitos en que la acción penal persecutoria de los mismos prescribe en diez años. En consecuencia, si el día 29 de enero de 1995 se incurrió en un tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o en elaboración de las mismas, el plazo de prescripción de la acción penal, teóricamente, expirara el día 29 de enero del año 2005; y será aplicable la Ley N° 18.403 pues estaba vigente a la época de la perpetración del crimen de que se trata. Recordemos que la Ley N° 19.366 entró a regir el día 30 de enero de 1995 y que por consiguiente es posterior al supuesto crimen del cual ya se habló.

Pues bien, ¿Qué ocurrirá si durante la instrucción de este proceso penal, regido por la Ley N° 18.403, el encausado presta "cooperación eficaz"? ¿Deberá estimársela atenuante de su responsabilidad penal, no obstante no encontrarse contempladas por la ley decisoria de la causa?

A nuestro juicio la respuesta debe ser afirmativa por cuanto la aminorante de que se trata es una figura que influye en la "regulación de la pena" (Art. 59); y el artículo 18 del Código Penal, aplicable por sí mismo, aun cuando no lo hubiese dicho el artículo 59 de la Ley N° 19.366, ordena que "si después de cometido el delito -(29 de enero de 1995)- y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley -(30 de enero de 1995) - que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento".

En la alternativa de la doble posibilidad de interpretación del artículo 18 -bien podría sostenerse que la pena menor o "menos rigurosa" sólo dice relación con la sanción básica del delito, sin contemplación de las modificatorias de leyes posteriores fundamento elemental en la interpretación y aplicación común e igualitaria de la ley, permite, razonablemente, proceder del modo primeramente dicho.

Pero todo no termina ahí. Nos queda lo más grave de entender y comprender. Examinemos el inciso 3° del artículo 18. Dice así: "Si la ley que exima al hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal de primera instancia que hubiere pronunciado dicha sentencia deberá modificarla, de oficio o a petición de parte y con consulta a la Corte de Apelaciones respectiva...". Hasta allí la norma en lo que interesa a nuestro problema.

Pero se presenta un problema: ¿Podría un reo rematado, cumpliendo actualmente su condena, solicitar del juez de la causa que declare que en su caso particular y concreto hubo "cooperación eficaz"; y que por consiguiente, se arregle a tal modificatoria su castigo, reduciéndolo?

Esta pregunta también cabe respecto del condenado que aún no entra a cumplir condena, como lo señala el inciso tercero del artículo 18 citado, pero cuyo castigo se encuentra firme y ejecutoriado.

Parece que sería indispensable distinguir dos tipos de situaciones básicas:

a) Si la sentencia de término ejecutoriada estableció como hecho de la causa que el

condenado coopera eficazmente con la investigación, de la manera que hoy señala el artículo 33 de la Ley N° 19.366 (que por lo demás, era desconocido en ese momento por el juez en cuanto a los posibles efectos jurídicos que mas adelante le atribuiría el ordenamiento jurídico), parece que este condenado podría instar por la revisión a que alude el artículo 18 del Código Penal.

Y no se diga que este ejemplo propuesto es del todo imposible. Bien pudo un juez acucioso y extremadamente cuidadoso, incluso en ausencia del precepto del artículo 33 de la Ley N° 19.366, haber sentado el hecho propuesto, de la cooperación eficaz del condenado en la determinación extensiva del cuerpo del delito, con el propuesto mencionado en el artículo 69 del Código Penal; y haber regulado la pena impuesta, "dentro de los límites de cada grado", de acuerdo "con la mayor o menor extensión del mal producido por el delito"; y,

b) Si la sentencia no sentó el hecho contemplado en el artículo 33 de la Ley N° 19.366, nada mas puede hacerse, toda vez que sería jurídicamente imposible abrir una instancia destinada a la discusión y establecimiento de un hecho nuevo cual es el de si hubo o no cooperación eficaz. Obstan a ello principios fundamentalmente de nuestro ordenamiento proceso penal, como lo son los propios de la preclusión, del desasimiento, y de la cosa juzgada.

Se debe reconocer, en todo caso, cierta debilidad en nuestro raciocinio. Y ello ocurre, tratándose de la conclusión a que llegamos en la Letra a) supra, ya que el artículo 18 razona sobre una base de gran estabilidad jurídica: la ley es la que aplica una pena menos rigurosa al hecho; y siempre. En cambio, el artículo 33 de la Ley N° 19.366, solo faculta al juez de la causa para apreciar la procedencia o no, de la reducción de la pena en uno o dos grados, de manera tal que al no ser obligatoria la reducción, no sería difícil sostener que en tal caso "no se aplica una pena menos rigurosa al hecho".

No obstante lo anterior y siempre en la necesidad de elegir una alternativa interpretativa de la ley, optamos por escoger aquella que -no obstante su imperfección- pareciera ser la más acorde con nuestro sistema jurídico y en general con los principios penales y procesales penales, en particular.

CAPÍTULO CUARTO: "LA COOPERACIÓN EFICAZ EN EL SISTEMA JUDICIAL NORTEAMERICANO"

4.1 LA DECLARACIÓN NEGOCIADA ("PLEA BARGAINING").

En el sistema judicial estadounidense no existe provisión o institución alguna que responda a la frase o nomenclatura legal que existe en nuestro país, y que han aplicado nuestros tribunales, esto es, la cooperación eficaz o delación compensada. Es probable que la frase se refiera a la práctica de "plea bargaining" (declaración negociada) que, en algunos casos, implica lo que se conoce informalmente como "state's evidence" (testimonio pro-fiscal), lo que a su vez conlleva inmunidad procesal con respecto a ciertos cargos.

Para comprender estos aspectos del sistema jurídico norteamericano, es importante recordar que la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, establece que todo inculpado tiene derecho a un juicio ante jurado (jury trial). Pero, en la práctica, es imposible llevar cada caso de esa manera. Sería demasiado engorroso y costoso, si se

considera el gran número de éstos.

Frente a esta dificultad, surge la práctica de entrar en el juicio con una "declaración negociada" (en algunas partes el 80 o 90% de los casos se manejan de esta manera).

Al comienzo del juicio, el inculpado se declara "culpable", "no culpable" o "nolo contendere". La frase "declaración negociada" se refiere a una declaración de "culpable", la que termina el juicio y suspende la defensa, lo cual implica que el inculpado no resiste los cargos. Es una condena equivalente a un fallo de jurado, requiriendo sólo sentencia. De esta manera, el inculpado evita un proceso largo, embarazoso y también una condena que le sería inaceptable. Así, por ejemplo, en un caso de homicidio, el autor confesará plenamente, si el fiscal se compromete a no pedir la pena de muerte.

El fiscal (la parte acusatoria en representación del pueblo) tiene a su favor negociar un alto número de casos, con un gran porcentaje de fallos favorables a su causa.

En otras palabras, la "declaración negociada" es la instancia en que el inculpado llega a un acuerdo con el fiscal con respecto a la naturaleza precisa de los cargos en su contra.

4.2 NORMAS QUE REGULAN LA DECLARACIÓN NEGOCIADA.

Las partes pueden acordar que el inculpado se declare "culpable" en las siguientes circunstancias:

- 1.- Si el fiscal se compromete a enmendar los cargos, limitándose a un cargo específico, acordado;
- 2.- Si el fiscal se compromete a no proceder con ciertos cargos;
- 3.- Si se acuerda que la pena no excederá un plazo estipulado;
- 4.- Si el inculpado acuerda no apelar materias de procedimientos judiciales.

La Corte (el juez) no aceptará una declaración de "culpable" sin cerciorarse que el inculpado entienda los cargos y que ceda su derecho a un juicio ante jurado y demás derechos, incluyendo la apelación.

La Corte determinará si hubo acuerdo previo entre las partes. Las discusiones y acuerdos previos con respecto a la declaración de culpabilidad no son admisibles ni en pro ni en contra del inculpado durante el proceso.

En el caso de existir un acuerdo que establezca una declaración de "culpable", a cambio de un proceso por una ofensa menor, el fiscal procederá como sigue:

- 1.- Deberá presentar una moción por la cual se desiste de los cargos acordados;
- 2.- Deberá recomendar una solicitud de pena rebajada, en el entendido que el acuerdo no obliga a la Corte;

3.- Acordará una pena específica y apropiada para el caso en cuestión.

La Corte no toma parte en las negociaciones y puede aceptar o rechazar el acuerdo. Si lo acepta, debe informar al inculpado que incorpora dicho acuerdo en su fallo.

La declaración negociada que involucre una mayor "benevolencia" hacia una tercera persona, es válida, siempre que el culpable entienda que tal acuerdo no obliga a la Corte.

El inculpado no tiene derecho a obligar a la Corte a aceptar su declaración de culpabilidad. Esto dice relación con las normas que establecen que la Corte no tiene obligación de aceptar un acuerdo de "declaración negociada" entre el fiscal y el inculpado. Sin embargo, si la Corte acepta el acuerdo, debe respetarlo en su fallo.

4.3 "STATE'S EVIDENCE" E INMUNIDAD.

Hay otras normas que regulan la situación particular de "state's evidence" (expresión informal referente a testimonios dados por cómplices o participantes en un crimen a condición que se les conceda inmunidad procesal, los que revelan la culpabilidad propia y la de los demás participantes en el crimen).

Generalmente, es inaceptable que el fiscal prometa inmunidad, en cuanto a otros crímenes, a cambio de una confesión, relativa al crimen en cuestión.

Al respecto se sostiene que el juez no debe ser parte de un acuerdo que excluya la pena de muerte a cambio de un testimonio que inculpará a otro participante en el mismo crimen.

No obstante, el Estado sí puede entrar en un acuerdo de inmunidad procesal a cambio de una confesión honesta y completa en el juicio de su cómplice. El testigo debe cumplir estrictamente su parte del acuerdo.

Por otra parte, el fiscal no puede conceder inmunidad en cualquier caso, sino solamente en aquellos en que previamente se estipuló un intercambio que esclarezca un crimen por inmunidad procesal.

En cuanto a la doctrina que sostiene esta práctica, se señala que el principio es que la negativa de la inmunidad puede lesionar al derecho a un juicio justo que tiene el inculpado. Siendo así, se infiere que la inmunidad entrega un testimonio a la Corte tan fidedigno como cualquier otro.

4.4 RELACIÓN ENTRE "DELACIÓN COMPENSADA" Y EL SISTEMA TRADICIONAL JUDICIAL CHILENO.

Considerando lo anterior, se desprende que no hay relación, en cuanto la legislación procesal penal chilena tradicional prohíbe el empleo de promesas, coacción o amenazas

para obtener que el inculpado declare la verdad (Art. 323 C.P.P.). Esto, siempre que en el caso que se conciba la "declaración negociada" (plea bargain) como un acto en que se obtenga una declaración de la verdad, a través del empleo de promesas, coacción o amenazas.

Sin embargo, algunos autores chilenos citan la Ley N° 18.314 (que determina conductas terroristas y fija su penalidad) y la Ley N° 19.366 (que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes), cuyos artículos 4° y 33 respectivamente, constituirían sendas excepciones en la normativa chilena, ya que pueden disminuir penas a quienes, siendo acusados por delitos relacionados con dichas leyes, colaboren en el esclarecimiento o prevención de conductas por ellas sancionadas.

CAPITULO QUINTO: “LA COOPERACIÓN EFICAZ EN EL NUEVO PROCESO PENAL CHILENO”

5.1 LA REFORMA PROCESAL PENAL EN CHILE.

El gobierno encabezado por el ex Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994-2000) impulsó desde sus inicios un conjunto importante de políticas públicas destinadas a lograr la modernización y adecuación de nuestro sistema judicial a los requerimientos de un estado democrático. Dentro de este marco, la reforma estructural al sistema de enjuiciamiento criminal se transformó en la principal prioridad de las políticas públicas en el ámbito de administración de justicia para el sexenio de gobierno. Es así como desde el primer discurso anual de rendición de cuentas de la gestión gubernamental, realizado el 21 de mayo de 1994, el ex Presidente expresamente destacó la necesidad de: “Reformar profundamente nuestro procedimiento penal, de modo que agilice la resolución de los conflictos y que permita el contacto directo entre el juez y las partes que solicitan justicia. También se requiere separar la función investigadora, que deberá confiarse al Ministerio Público, de la sentenciadora, que en esencia corresponde al juez. Ello, a fin de cautelar

debidamente las garantías procesales propias de un Estado democrático, lograr la sanción de los delincuentes, el amparo de las víctimas y otorgar seguridad a la ciudadanía.”⁵¹

Con posterioridad, todos los discursos del 21 de mayo profundizaron el compromiso del gobierno en la materia, denominando incluso a este cambio de sistema procesal como la “reforma del siglo” en el área judicial. Luego de seis años de gestión gubernamental se estima que la reforma procesal penal es uno de los principales legados institucionales del gobierno del Presidente Eduardo Frei, al haberse aprobado y publicado en el Diario Oficial con fecha 12 de octubre del año 2000 bajo Ley N° 19.696.

5.2 RESEÑA DE LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL NUEVO SISTEMA.

El nuevo Código Procesal Penal se caracteriza por confiar la instrucción penal a un órgano autónomo –de rango constitucional- denominado Ministerio Público, al cual también se confía la acusación y sustentación de la acción penal ante el tribunal correspondiente. La actividad del Ministerio Público estará sujeta a la decisión de un juez que controla la instrucción, el juez de garantía, quien deberá autorizar la práctica de aquellas actuaciones, diligencias o medidas que importen la vulneración de las garantías constitucionales de los imputados o de terceros.

Concluida la etapa instructora tendrá lugar una etapa intermedia, o audiencia de preparación del juicio oral, en que serán presentadas la acusación y la defensa, se ha de resolver las excepciones previas si las hubiere, se determinará la prueba a rendir en el futuro juicio, para dar paso, finalmente, a un juicio oral y público ante un tribunal colegiado, integrado por tres jueces letrados, cuya sentencia no será posible de recurso de apelación.

De los varios institutos que son incorporados al ordenamiento procesal chileno, nos referiremos a los siguientes:

a. Se confiere al Ministerio Público la facultad de disponer el archivo provisional de las investigaciones, cuando no aparezcan antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos y en tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento.

b. Principio de Oportunidad: Se reconoce a los fiscales del Ministerio Público el derecho de no iniciar la persecución penal, o de abandonar la ya iniciada, cuando se trate de hechos que por su insignificancia no comprometan gravemente el interés público, salvo que la pena mínima asignada al delito exceda de la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo (61 días), o que se trate de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus facultades (Art. 170).

⁵¹ Discurso de S.E. el Presidente de la República don Eduardo Frei Ruiz-Tagle, en el inicio de la Legislatura Ordinaria del Congreso Nacional, Valparaíso, 21 de mayo de 1994.

c. Suspensión condicional del procedimiento: Con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento, la que podrá decretarse: si la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad, y si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito (Art. 237).

d. Acuerdos reparatorios: Si el delito sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial o que puedan tener apreciación pecuniaria, o se tratase de delitos culposos que no hubieren producido la muerte ni hubieren afectado en forma permanente y grave la integridad física de las personas, el juez podrá aprobar acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima. Este acuerdo reparatorio extinguirá la acción penal.

e. Procedimiento abreviado: Cuando la pena solicitada por el Ministerio Público no excediere de cinco años de presidio menor en su grado máximo, exceptuada la de muerte⁵², ya fueran ellas únicas, conjuntas o alternativas, podrá proponer, con acuerdo del acusado y su defensor, que la causa sea fallada en la audiencia de preparación del juicio oral. Si el juez se convence que el acusado ha prestado su conformidad al acuerdo; de que conoce sus derechos a un juicio oral, y que acepta los hechos materia de la acusación, aprobará el acuerdo y sustanciará y fallará él la causa, al término de la cual no podrá imponer una pena superior a la pedida por el Ministerio Público.

5.3 LA ESTRUCTURA JUDICIAL DE LA REFORMA.

5.3.1 El Tribunal.

Esta reglamentado en el Título IV del Libro I, entre los artículos 69 a 76 del nuevo Código.

La estructura y competencia de los tribunales del crimen estará regida por las disposiciones contenidas en el Código Orgánico de Tribunales (Art. 83).

Existe un Juez de Garantía, cuyas facultades son: Garantizar los derechos del imputado y demás intervinientes del procedimiento y resolver todas aquellas cuestiones que la ley someta a su decisión durante la instrucción; dirigir el debate en la audiencia intermedia y dictar las resoluciones que correspondan; dictar sentencia en el procedimiento abreviado, cuando corresponda; y resolver todos los incidentes que se promuevan durante la etapa de instrucción y la audiencia intermedia.

En el juicio oral existe un Tribunal Colegiado, al que le corresponde el conocimiento y fallo del juicio oral. La preparación de la audiencia principal siempre corresponderá al presidente del tribunal.

En cuanto a las causales de implicancia, los jueces con competencia en lo penal estarán sometidos, además de las normas generales sobre implicancias y recusaciones del Código Orgánico de Tribunales, a las siguientes: a) Haber intervenido el juez en la

⁵² Pena derogada en nuestro país en virtud de la Ley N° 19.734 de 05.06.2001

causa como fiscal o como juez en etapas anteriores del procedimiento y b) Haber formulado el juez acusación como fiscal en una o más causas anteriores contra el mismo imputado.

5.3.2. El Ministerio Público.

Los fiscales del ministerio público ejercerán y sustentarán la acción penal pública. Con ese propósito practicarán la investigación fiscal preparatoria y dirigirán las actuaciones de la policía (Art. 77).

Será deber de los fiscales del ministerio público velar por los intereses de las víctimas de los delitos durante todo el procedimiento, procurando facilitar su intervención en el mismo y evitando o disminuyendo al máximo cualquier perturbación que el afectado deba soportar con ocasión de los trámites en que deba intervenir (Art. 78).

En el ejercicio de sus funciones el ministerio público llevará adelante todas las actuaciones conducentes al éxito de la investigación.

5.3.2.1 Análisis de la labor del Ministerio Público en el nuevo organigrama procesal penal.

Situados en la primera parte de la implementación de un importante cambio en las estructuras legales del Procedimiento Penal chileno, existe una serie de interrogantes y expectativas respecto de la institución del Ministerio Público. La naturaleza o la dirección del cambio o paradigma procesal explican y justifican esta preocupación casi principal por el Ministerio Público ya que éste es hijo o producto del principio acusatorio, principio rector del cambio procedimental materializado en la reforma. De esta forma, la introducción del Ministerio Público permite la encarnación de la persecución estatal en un órgano diverso al judicial.

Sin perjuicio de lo anterior, esta relación aparentemente simple entre principio acusatorio y Ministerio Público no es tal, ya que un mínimo realismo legal nos enseña que el derecho no vive en la mera interpretación abstracta de las normas legales a través de las sentencias, sino que opera en un contexto material, social y político -en definitiva cultural- que trasciende incluso las posibilidades e intenciones del legislador que teóricamente lo crea.

Por distintas razones, el Ministerio Público es, ha sido y seguirá siendo una institución problemática, tal como lo demuestra la experiencia comparada⁵³. En el curso de la historia esta institución ha debido responder a diversidad de paradigmas, falta de claridad en su rol y disonancia de objetivos y atribuciones. Sumado a lo anterior, su ubicación en el procedimiento penal lo transforma en víctima de toda complejidad, precariedad e incluso contradicciones que circundan la justificación de la acción estatal en materia de aplicación de las normas penales. Problemática siempre presente y que se proyecta al conjunto representado por el rol estatal en materia de seguridad.

⁵³ Ibáñez Perfecto, Andrés, "El Ministerio Público entre Viejo y Nuevo Proceso", artículo publicado en Revista de Ciencias Penales, Santiago, año 1990-1993, Número Especial, Editorial Cono Sur, Pág. 49.

Afortunadamente muchas de estas aprehensiones se encuentran resueltas en la estructuración de nuestro actual Ministerio Público. En efecto, al Ministerio Público nacional se le ha dado un rol eminentemente penal, liberándolo de pretensiones de control institucional de legalidad, constitucionalidad y otras tantas materias de las cuales debe ocuparse en la experiencia comparada. A pesar de ello, el rol del Ministerio Público en cuanto titular privilegiado de la acción y de la investigación penal, abre un amplio campo de estudio y elaboración, en especial en el contexto nacional actual, marcado por el inicio del difícil tránsito desde el paradigma inquisitivo hacia tendencias acusatorias en el quehacer procesal penal.

5.3.2.2 Funciones del Ministerio Público al interior del proceso penal.

a.- Ejercer las acciones penales.

Dentro de esta gran tarea institucional del Ministerio Público de colaborar en la sustitución del sistema inquisitivo, los fiscales están llamados a materializar el principio acusatorio. Esto es, ser los titulares privilegiados de la acción penal y ejercerla en los casos que corresponda según el marco legal específico.

Esta función principal de "ejercer las acciones penales" constituye una de las funciones singularizantes del actual Ministerio Público, sin embargo su concreción no ha sido una materia pacífica en la experiencia comparada y tampoco debiera serlo en el caso chileno. En España, por ejemplo, la concentración de la titularidad de la acción penal en manos del Ministerio Público fue un proceso progresivo, no exento de dificultades. Una de las principales distorsiones fue el denominado sistema de la doble ventanilla en virtud del cual cabía la posibilidad de presentar denuncias indistintamente en los tribunales o fiscalías⁵⁴. Algo similar se describe para el caso italiano en el período inmediatamente posterior a la vigencia del Código de 1989. En este caso la policía remitía copia de las denuncias tanto al Ministerio Público como a los tribunales, buscando generar órdenes de investigar provenientes de ambos frentes.

En nuestro país, la tarea sin duda será ardua, toda vez que en la discusión parlamentaria de la reforma constitucional que introdujo el Ministerio Público se puso de relieve en forma reiterada la intención de mantener vigente la existencia de otras vías para el ejercicio de la acción penal, tales como la víctima u ofendido y demás personas establecidas por ley⁵⁵. De esta forma el denominado "señorío" de la acción penal para el Ministerio Público se ve seriamente restringido, existiendo el riesgo permanente de que esta función de ejercer la acción penal sea afectada por la intervención directa de los ofendidos mediante la presentación de querellas en los tribunales. En estas hipótesis será el juez receptor de la acción penal el cual, previo examen de admisibilidad, la remitirá al Ministerio Público. Esta norma supone una clara distorsión al principio acusatorio y abre la puerta al sistema de doble ventanilla español y al inicio de investigaciones judiciales, o al menos de pre-hipótesis investigativas de parte de los

⁵⁴ Ibáñez Perfecto Andrés, obra citada, Pág. 70.

⁵⁵ Pfeffer Urquiaga, Emilio, "Ministerio Público, Antecedentes de la Reforma Constitucional", Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1997, Pág. 45.

jueces, sin mencionar los eventuales que presentaría respecto de la separación de poderes como es considerado por el Derecho Anglosajón.

Estas limitaciones al principio acusatorio (o pervivencia del inquisitivo) se ven profundizadas en todas aquellas normas que permiten la intervención del afectado ante el juez de garantías impugnando la decisión del fiscal de no ejercer la acción penal. En efecto, el proyecto de reforma al Código Procesal Penal establece la posibilidad de que la víctima recurra al juez cuando el fiscal se niegue a ejercer la acción penal, en los casos de archivo provisional, no inicio de investigación o principio de oportunidad. En todos estos casos, la discreción de los fiscales cede ante el juez, quien es en definitiva el que determina si aquella acción generará o no un proceso penal. En caso que el juez admita a tramitación la querrela, el fiscal se verá forzado a investigar mediante un impulso judicial investigativo.

Aparece claro entonces, que el Ministerio Público para poder cumplir su rol en cuanto a herramienta de superación del inquisitivo y liberador del juez para transformarlo en juzgador deberá recibir gran ayuda de parte de los tribunales. Los tribunales, por así decirlo, deberán mantenerse firmes frente a la tentación de encarnar el principio acusatorio, como lo han venido haciendo hasta ahora en el sistema inquisitivo. De esta forma, el proyecto deja abierta esta riesgosa posibilidad y corresponderá a los jueces su control y minimización.

b.- En materia de investigación.

Asumir la investigación será una de las funciones principales de los nuevos fiscales. Ahora bien, qué entendemos por investigación penal. El procedimiento inquisitivo construyó la investigación en base a un modelo formalista y burocrático, que más que trabajar en base a hipótesis contrastables con la realidad, se ocupa de cumplir trámites rituales, muchas veces sin una dirección clara ni determinada, sino dirigida tan sólo a la configuración del expediente. La escrituración, al basar la decisión en el expediente y el registro, aleja la centralidad de la prueba como medio de convicción y se conforma en el registro escrito, mediato, de su producción.

La introducción del Ministerio Público al nivel de la investigación debiera significar la desformalización de la investigación y su administrativización. Por desformalización entenderemos la ausencia de rigidez y de fórmulas sacramentales para evaluar su suficiencia procesal. Por administrativización entenderemos su carácter no jurisdiccional y en consecuencia su rol meramente preparatorio o funcional a la acusación. En efecto, de reconocer valor probatorio a las actuaciones del fiscal, o mejor dicho a las constancias escritas de sus actuaciones, le estaremos dando valor jurisdiccional y en consecuencia desfigurando el juicio oral como momento jurisdicente principal. La desformalización y administrativización de la investigación fiscal se presentan entonces como garantía, o al menos como uno de los medios más eficaces para preservar el juicio y en consecuencia el rol jurisdiccional. En caso contrario, de optar por ritualizar la investigación fiscal en base a un parámetro como el del expediente tipo o completo por una parte y de reconocerle mérito probatorio por la otra, estaremos tan sólo sustituyendo la firma del juez por la del fiscal en el expediente.

Nuestra gran tarea de librar al juez de la investigación para permitirle ser juez,

conlleve además otros objetivos. En efecto, se ha argumentado que la incorporación del Ministerio Público debiera permitir la creación de un real poder investigativo a través del cual el trabajo en equipo de fiscales y policías logre integrar la experticia criminalística con la experticia legal penal, posibilitando la persecución de determinadas modalidades delictivas que estarían actualmente fuera del alcance de los tribunales. De esta manera, se ha argumentado que el Ministerio Público debiera ser capaz de afectar aquellos tipos de criminalidad revestidas de una sofisticación que en la actualidad generaría su impunidad, tales como las realizadas por organizaciones criminales. En esta línea, se ha señalado que el Ministerio Público debiera ser capaz de generar investigaciones para actuar contra las redes del narcotráfico, tráfico de armas y de menores, delitos económicos y ecológicos, entre otras.

Si bien el solo aumento de la capacidad instalada del sistema de persecución pudiera dar luces acerca de determinados desarrollados en materia de persecución de la criminalidad organizada y la denominada criminalidad organizada y la denominada criminalidad organizada y la denominada criminalidad de cuello blanco, parece un tanto simplista establecer la relación directa con la incorporación del Ministerio Público. En efecto, las prácticas de selección penal son reflejo de condiciones sociales y culturales que superan por mucho las orientaciones de los actores del sistema penal, relacionándose más bien a condiciones estructurales de tipo económico, social y político que no debieran afectarse por medio de cambios en las estructuras de enjuiciamiento. De esta forma, esperar del Ministerio Público el inicio de la denominada "persecución de los poderosos" resulta quizás ingenuo, al menos en un primer momento ya que es claro que los criterios de selección penal reflejan una serie de componentes de carácter valórico, ético, social y político, bastante profundos y que no dependen de manera directa del diseño de los órganos de la persecución. En esta materia, debiéramos contentarnos con esperar el diseño de pautas racionales, intersubjetivas y públicas de los criterios de los criterios de selección empleados en la persecución.

Sin perjuicio de lo anterior, la liberación del juez de la dirección y materialización de la investigación y su posicionamiento en cuanto a real control de juridicidad y garantías de las investigaciones puede significar un aumento en la tecnificación de las investigaciones al menos desde el punto de vista legal. Es decir, si los jueces asumen realmente su rol en materia de control de las garantías de los intervinientes es posible prever una mayor complejidad y profundidad en las investigaciones penales. La conformación de equipos de trabajo integrados conjuntamente por fiscales y policías, la acumulación de antecedentes e información puede facilitar la pesquisa criminal en materias jurídicamente complejas tales como las figuras legales que ocultan el blanqueo de capitales provenientes de actividades ilícitas.

c.- En materia de actuación policial.

Ahora bien, la potencialidad del Ministerio Público en materia de investigación no se agota en el ejercicio de la acción penal o en la dirección de la investigación, sino que se proyecta más allá hacia la acción policial. En efecto, la incorporación del Ministerio Público, y este es uno de los objetivos expresados por el Mensaje del C.P.P., debiera permear las estructuras policiales en un esfuerzo dirigido a lo que podríamos denominar depolicizar la investigación criminal para dotarla de mayor juridicidad.

Para esta actividad, el Ministerio Público cuenta con una vía principal cual es la que se dirige a reducir el valor en el proceso de la investigación y del atestado o información policial, reemplazándola por la investigación fiscal. Esto que pudiera parecer una mera sustitución de títulos tiene al menos la potencialidad de establecer nuevos estándares de juridicidad para la actividad policial. El punto no es menor ya que en el actual esquema, el mito de la actuación meramente ministerial y de aplicación de la ley en la actuación policial ha permitido una especie de omisión de parte de los poderes públicos entregando la actividad policial amplios márgenes de discreción sin que existan controles rigurosos.

La ausencia de atención por lo policial desde los actores del proceso penal y la falta de interacciones reguladas y específicas no han permitido en forma adecuada la integración del saber criminalístico con el saber jurídico-penal, generando un importante vacío y distanciamiento, sentido e incluso a veces resentido, tanto por los policías como por los jueces. El Ministerio Público sería entonces llamado a cumplir esta función integradora en donde la verdad policial procesada de acuerdo a los técnico-legales se transforma en antecedentes y elementos dirigidos a lograr la convicción judicial, en definitiva y llegado el momento para transformarse en prueba.

En esta perspectiva, el Ministerio Público, tal como lo ha señalado Binder se transforma en una institución bifronte, con una cara mirando al mundo policial y la otra cara mirando al mundo judicial, Esta función que podríamos denominar de enlace o de punto de encuentro entre la experticia criminalística y los requerimientos legales y constitucionales de una persecución enmarcada en el Estado de Derecho debiera contribuir a generar una cultura común, permeando de mayor legalidad las estructuras operativas. Esta relación, tal como puede apreciarse a simple vista, tiene un enorme potencial para transformarse en una fuente de diálogo e interacción que contribuya a la construcción de una oferta conceptual alternativa o al menos complementaria de las orientaciones meramente militares que tradicionalmente han mantenido nuestras policías.

Tal como esta tarea representa un enorme potencial de impacto en materias de prácticas policiales, también representa un enorme riesgo de policización del Ministerio Público. En efecto, el carácter nuevo de la institución y la ausencia de doctrinas y rutinas institucionales definidas ponen a esta institución en peligro de extrema permeabilidad al discurso simplista de la seguridad ciudadana. De esta forma, el encuentro con la policía, institución caracterizada por una sólida tradición, formación y mística no deja de ser un punto sensible a considerar.

En esta línea, el Ministerio Público motivado por obtener una figuración fácil y dividendos políticos e incluso financieros, puede verse tentado de asumir una postura meramente represiva y de inflación penal bajo el alero de gran apelativo político propio del discurso de las víctimas y la eficacia retórica del derecho penal. En esta línea, no es difícil imaginar un Ministerio Público endosando sus responsabilidades en materia de criminalidad a la necesidad de nuevas leyes penales y la promulgación de herramientas legales que amplíen sus facultades, fundando sus peticiones en promesas basadas en un estado de seguridad pública o ciudadana que el Derecho Penal no es capaz de lograr, cosa que ha sido ampliamente constatada no sólo por la doctrina penal y la experiencia comparada, sino también por nuestra experiencia reciente en materia de leyes penales especiales (Drogas, Violencia en los Estados, etc.).

d.- Protección del Juicio Oral.

Por último y también al interior del proceso penal el Ministerio Público está llamado a desempeñar un rol central en lo que se refiere a elevar el papel del juicio oral en cuanto receptáculo exclusivo de las pruebas. Sin perjuicio de la tendencia natural que el Ministerio Público busque sobrevalorar su investigación a la categoría de prueba, los tribunales están llamados a rechazar estas pretensiones, toda vez que de aceptarlo se estaría replicando en cierta medida la crítica al modelo inquisitivo respecto de la existencia de jueces de instrucción. En efecto, de reconocer valor probatorio a la mera pesquisa fiscal, se desfigura el juicio oral y la atención vuelve nuevamente a la investigación en lugar del juicio como ocurre en el actual sumario.

5.4 En materia de cooperación eficaz. Estudio de la Ley N° 19.806 de 31 de Mayo del 2002.

Al dictarse la Ley N° 19.696, continente del nuevo Proceso Penal, muchas disposiciones legales ya existentes quedaron en entredicho debido a su apego al antiguo sistema. Fue necesario para el legislador entonces adecuar las leyes ya existentes para, ya sea prepararlas para la entrada en vigencia del novel sistema, o para adecuar derechamente la institucionalidad al nuevo proceso. Ello sucedió precisamente con la Ley N° 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, la que en su variable procesal generaba serias dificultades para las autoridades de las regiones en que ya había entrado en vigencia el nuevo proceso y que no sabían como proceder en varias circunstancias. Una de dichas circunstancias era la aplicación, recepción y calificación en el nuevo organigrama de la atenuante “cooperación eficaz”.

Siendo así el legislador debió reaccionar, y lo hizo a través de la Ley N° 19.806, publicada en el Diario Oficial el 31 de mayo del año 2002, ley que contempla normas adecuadoras del sistema legal chileno a la reforma procesal penal. Una de las leyes modificadas fue precisamente la Ley N° 19.366 en su artículo 33 referente a la cooperación eficaz.

Lo primero que hizo la Ley N° 19.806 fue rediseñar lo que debe entenderse por cooperación eficaz. Es así como el artículo 4° de la ley en referencia reemplazó el inciso primero del artículo 33 de la Ley N° 19.366 por el que sigue:

“Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o a la identificación de los responsables, o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley. En estos casos, el tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados.”

De esta disposición podemos derivar que se continúa calificando la naturaleza jurídica de la cooperación eficaz como una atenuante de la responsabilidad penal, en los términos en la que hemos venido analizándola. Bajo este sentido podemos

esquematzarla diciendo que la cooperación será eficaz cuando cumpla alguno de los siguientes objetivos:

Cuando conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados;

Cuando conduzca a la identificación de los responsables;

Cuando sirva para prevenir o impedir la perpetración de otros delitos de igual gravedad contemplados en la Ley N° 19.366;

Cuando sirva para prevenir o impedir la consumación de otros delitos de igual gravedad contemplados en la Ley N° 19.366;

Cuando sirva para prevenir o impedir la perpetración de otros delitos de mayor gravedad contemplados en la Ley N° 19.366; o

Cuando sirva para prevenir o impedir la consumación de otros delitos de mayor gravedad contemplados en la Ley N° 19.366.

Fuera de estos casos mencionados, y por expresa disposición legal, toda cooperación que preste el imputado y que no cumpla alguno de los objetivos mencionados, no podrá ser considerada eficaz y por ende no generará el beneficio para dicho imputado que es el de obtener en la sentencia que dicte el tribunal respectivo una rebaja en la penalidad de hasta dos grados.

De acuerdo al nuevo sistema el único funcionario que puede recibir la cooperación del imputado es el fiscal del ministerio público encargado de la investigación del hecho, y será éste quien deberá expresar, ya sea en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz en los términos que hemos analizado.

Si bien la Ley N° 19.806 no señala en qué momento el imputado puede prestar su cooperación en el proceso, lo lógico es que lo sea en alguna de las comparencias de éste ante el ministerio público, en los términos dispuesto por el artículo 193 del Código Procesal Penal, que en su inciso primero señala: “Durante la etapa de investigación el imputado estará obligado a comparecer ante el fiscal, cuando éste así lo dispusiere.” A continuación el artículo 194 también en su inciso primero señala la procedencia de la declaración voluntaria del imputado: “Si el imputado se allanare a prestar declaración ante el fiscal y se tratare de su primera declaración, antes de comenzar el fiscal le comunicará detalladamente cuál es el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquellas que fueren de importancia para su calificación jurídica, las disposiciones legales que resultaren aplicables y los antecedentes que la investigación arrojaré en su contra. A continuación, el imputado podrá declarar cuanto tuviere por conveniente sobre el hecho que se le atribuye.”

Si bien, como dijimos, la ley no señala cuándo el imputado puede cooperar en la investigación, dijimos que lo lógico es que lo haga en las oportunidades señaladas, a saber, cuando el fiscal ordene su presencia en algún momento o en su primera declaración. Ahora el límite máximo sí está dado por el legislador, pues ya no podrá haber cooperación cuando el fiscal haya formalizado la investigación o haya acusado al imputado.

La formalización de la investigación, según lo señala el artículo 229 del C.P.Penal, es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados. Esta formalización, normalmente, lo que implica es que el fiscal de allí en más tiene dos años para llevar adelante la investigación, debiendo cerrarla al término de dichos dos años. La pregunta que surge inmediata es: ¿puede el imputado cooperar después de formalizada la investigación en su contra? De acuerdo al tenor de la Ley N° 19.806 al parecer no, pero de acuerdo a nuestro criterio hay que distinguir: Si el fiscal simplemente formaliza la investigación, comienza a correr el plazo de dos años para llevarla adelante y el imputado tiene derecho a cooperar en ese lapso. Si, en cambio, junto con formalizar la investigación el fiscal pide, en la audiencia respectiva, que la causa pase inmediatamente a juicio oral, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 235 del C.P.Penal, el imputado ya no podrá hacerlo pues en esa audiencia el fiscal deberá deducir acusación en forma verbal y en su escrito de formalización ya debió haber dejado constancia de la eventual cooperación del imputado.

Por otro lado, el escrito de acusación es una de las maneras que franquea la ley para cerrar la investigación, cuyo plazo máximo es de dos años desde que fue formalizada. Es decir, practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes:

Solicitar sobreseimiento definitivo o temporal de la causa;

Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación.

Formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma.

De acuerdo con el artículo 259 del C.P.Penal la acusación deberá contener:

La individualización de el o los acusados y de su defensor;

La relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica;

La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurrieren, aun subsidiariamente de la petición principal;

La participación que se atribuye al acusado;

La expresión de los preceptos legales aplicables;

El señalamiento de los medios de prueba de que el ministerio público pensare valerse en el juicio;

La pena cuya aplicación se solicitare; y

En su caso, la solicitud de que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado.

En negrilla hemos destacado los dos puntos en los que el fiscal puede referirse a la cooperación del imputado, por cuanto si estima que ella es eficaz estaremos en presencia de una circunstancia que atenúa su responsabilidad y por ende en la solicitud de pena

para el imputado el mismo fiscal solicitará una que rebaje hasta en dos grados la original condena asignada al delito.

Es importante también señalar que, si con ocasión de la investigación de otro hecho constitutivo de delito seguido ante otro fiscal, e incluso en otra localidad, dicho fiscal necesitare tomar conocimiento de los antecedentes entregados por el cooperador eficaz, deberá pedirlos fundadamente al fiscal que recibió dicha cooperación, quien calificará la conveniencia de acceder a dicha solicitud. En caso de ser aceptada, la diligencia respectiva se realizará en su presencia.

La Ley N° 19.806 mostró gran preocupación por la seguridad del cooperador eficaz. Es así como introdujo a la Ley N° 19.366 6 artículos nuevos con tal objeto: los artículos 33A a 33F. Debemos señalar, eso sí, que estas normas no se aplican exclusivamente a los cooperadores eficaces, sino que también a los testigos, peritos, informantes y agentes encubiertos. En resumidas cuentas, lo que señalan tales disposiciones es lo siguiente:

Para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, el fiscal podrá aplicar todas o algunas de las siguientes medidas:

Que no consten en los registros de las diligencias que se practiquen sus nombres, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, pudiendo utilizar una clave u otro mecanismo de verificación para esos efectos;

Que su domicilio sea fijado, para notificaciones y citaciones, en la sede de la fiscalía o del tribunal, debiendo el órgano interviniente hacerlas llegar reservadamente a su destinatario (Art. 33A).

El tribunal podrá ordenar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de las personas a que nos hemos referido o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Asimismo, podrá decretar la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio (Art. 33B inc. 1°).

De oficio o a petición del interesado, durante el desarrollo del juicio, o incluso una vez que éste hubiere finalizado, si las circunstancias de peligro se mantienen, el Ministerio Público o el tribunal otorgarán protección policial a quien la necesite (Art. 33C).

Las declaraciones de los cooperadores eficaces, cuando se estime necesario para su seguridad personal, podrán ser recibidas anticipadamente en audiencia especial al efecto. En este caso, el juez de garantía podrá disponer que los testimonios de estas personas se presten por cualquier medio idóneo que impida su identificación física normal. Igual sistema de declaración protegida podrá disponerse por el tribunal de juicio oral en lo penal, en su caso (Art. 33D inc. 1°).

Las medidas de protección antes descritas podrán ir acompañadas, en caso de ser estrictamente necesario, de otras medidas complementarias, tal como la provisión de los recursos económicos suficientes para el cambio de domicilio u otra que se estime idónea en función del caso (Art. 33E).

El tribunal, en caso de ser estrictamente indispensable para la seguridad de estas personas podrá, con posterioridad al juicio, autorizarlas para cambiar de identidad.

La Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación adoptará todos los resguardos necesarios para asegurar el carácter secreto de esta medida, conforme al reglamento que se dicte al efecto.

Todas las actuaciones judiciales y administrativas a que dé lugar esta medida serán secretas. El funcionario del Estado que violare este sigilo será sancionado con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo (Art. 33F).

CAPÍTULO SEXTO. CONCLUSIÓN.

El tema de la cooperación eficaz no escapa a un análisis de tipo ético o moral, es decir, el introducir en los razonamientos que la justifican algunos pensamientos de tipo filosófico.

Desde luego, el cooperador eficaz no es un colaborador desinteresado de la justicia. El cooperador eficaz es una figura adornada con un nombre eufemístico, ya que si lo decimos con todas sus letras estamos en presencia de un delator. Es más, en otras legislaciones, e incluso en la nuestra propia, el nombre más conocido de esta institución es "delación compensada".

El delator, el cooperador, es una persona que para salvar una sentencia mayor entrega a los investigadores de un delito datos para obtener otros nombres de personas involucradas. Ello acarrea un premio para el delator, para el cooperador. Pero la pregunta que surge inmediatamente es la siguiente: ¿se está premiando a alguien que está arrepentido de su delito? ¿Se está ofreciendo una oportunidad de rehabilitación a una persona? ¿Es cooperador tiene interés en dejar la senda del mal, o sólo tiene interés en una pena menor y salir luego a delinquir? ¿Son verídicos los hechos que denuncia en la cooperación o fueron previamente preparados por él? Todas estas interrogantes surgen espontáneamente al analizar una situación como la que hemos analizado, y que exigen una respuesta que de la moral pasen definitivamente al derecho.

BIBLIOGRAFÍA

CASSARINO VITERBO, MARIO: "Manual de Derecho procesal", Santiago Editorial Jurídica de Chile, 1991.

Código de Procedimiento Penal Chileno.

Decreto Supremo Nº 1.150 de 1980, Constitución Política de la República de Chile, 1980.

Gaceta de los Tribunales

GARRIDO MONTT, MARIO: "Autoría y participación", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

JORQUERA LORCA, RENÉ: "Síntesis de Derecho procesal penal", Santiago, Editorial Jurídica la Ley, 1996.

Ley Nº 19.172, sobre arrepentimiento eficaz, 1992

Ley Nº 19.366 sobre "Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas", 1995

Ley Nº 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, 1999.

Ley Nº 19.696, crea Nuevo Código Procesal Penal, 2000.

Ley Nº 19.718, que crea la Defensoría Penal Pública, 2001.

MOSQUERA RUIZ, MARIO: "Apuntes de Derecho procesal Penal", Santiago, Universidad de Chile, 1988.

PAILLÁS PEÑAS, ENRIQUE “Manual de Derecho procesal penal”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994.

PFEFFER URQUIAGA, EMILIO: “Manual de Derecho Constitucional”, Santiago, Editorial Jurídica la Ley, Tercera Edición, 1994.

Revista de Derecho y Jurisprudencia.

RUIZ PULIDO, GUILLERMO: “Breve ensayo sobre cooperación eficaz”, Santiago, Gaceta de los Tribunales N° 227, 1999.

VERDUGO MARINKOVIC, MARIO; NEVILLE BLANC, RENARD; PFEFFER URQUIAGA, EMILIO: “Leyes anotadas y concordadas”, Santiago, Diario Oficial de la República de Chile, 1996.