

## La circunstancia atenuante del artículo 11 número 9 del Código Penal

La circunstancias atenuante del artículo 11 numeral 9 del Código Penal: Desde la confesión espontánea a la colaboración sustancial

Manuel Angel Gonzalez Jara

La Parte General del Derecho Penal enseña que la configuración de un hecho típico, antijurídico y culpable no determina, por sí sola, la aplicación de la pena establecida en el respectivo tipo. Juegan, previamente, una serie de circunstancias, entre ellas las que agravan o atenúan la responsabilidad. Estas circunstancias son accidentes del delito que como tales, se presentan aledañas al mismo.

La ley chilena entrega la preceptiva básica y general en esta materia en los artículos 11, 12 y 13 del Código Penal. Este es tributario de la Época de las Luces. Desconfiando de todo arbitrio judicial estableció un sistema de *numerus clausus* que, al menos originariamente, no se encontraba en el modelo español de 1848.[2]

Aun cuando pudiera pensarse que el sistema referido atrapa al tribunal juzgador en una suerte de forceps del cual es difícil zafarse, Politoff, Matus y Ramírez anotan que la rigidez es aparente pues la ley provee también al juzgador de facultades para que, según sea el número y entidad de las circunstancias, pueda aumentar o disminuir en grados la pena señalada por la ley.[3]

En el Derecho Comparado, tratándose de atenuantes, la tendencia es a morigerar estos criterios rigurosos. El Código español describe en su artículo 21 cinco circunstancias atenuantes. Se inicia la enumeración con la eximente incompleta, del todo similar a la nuestra. La antepenúltima causa de morigeración es prácticamente idéntica al artículo 11 número 7 del Código chileno, esto es, procurar reparar con celo el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias. Concluye el precepto reconociendo como atenuante: "Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores."

El artículo 74 del Código Penal venezolano señala tres circunstancias atenuantes. Éstas atienden a la edad del hechor, a que éste no haya tenido la intención de causar un mal como el que produjo o que haya sido provocado o amenazado. Concluye señalando que es también causa de atenuación "Cualquier otra circunstancia de igual entidad que a juicio del tribunal aminore la gravedad del hecho."

El artículo 64 del Código Penal colombiano contempla un total de diez circunstancias atenuantes y establece en el artículo 65 lo siguiente: "Fuera de las circunstancias especificadas en el artículo precedente, deberá tenerse en cuenta cualquier otra análoga a ellas."

El Anteproyecto de Nuevo Código Penal Chileno, elaborado por la Comisión Foro Penal, contempla en su artículo 7 un total de cinco circunstancias atenuantes. Se inicia con la eximente incompleta y finaliza con un numeral sexto que reconoce también efecto a "Cualquier otra circunstancia de análoga significación a las anteriores."

Estos regímenes introducen la analogía *in bonam parte*. Permiten así al tribunal una mejor individualización judicial de la pena. Sin embargo no por ello se encuentra ausente la polémica. Los detractores señalan que, en teoría, parece preferible ampliar el ámbito del arbitrio judicial, pero precisamente en los países donde se le ha reconocido con mayor amplitud, la jurisprudencia ha reclamado de la doctrina y ha llevado luego a la práctica un buen número de criterios "restrictivos." [4]

La atenuante del artículo 11 número 9 del Código Penal se encuentra dentro de aquellas inspiradas en la conducta del delincuente posterior al delito. Pertenecen también a esta categoría las de los números 7 y 8 del mismo artículo. Se trata de atenuantes tomadas del artículo 39 del Código Penal austriaco, aun cuando, al parecer, Cury discrepa de esto último.[5]

Las circunstancias de los números 8 y 9 del artículo 11 poseen una raíz común. Ambas se configuran a partir de la actitud que asume el delincuente frente a la autoridad: la colaboración. Ello, sin embargo, no debe llevar a refundirlas en una sola como algunos pretendieron en el pasado. Sostener, como lo hizo Robustiano Vera, que "la lei exige que ambas concurren copulativamente, para que haya la atenuación que se busca" constituye un error.[6] No hay nada que permita esa conclusión. Ambos preceptos se incluyen en numerales separados dentro del artículo 11. En el texto original ocurría lo propio según se infiere de lo tratado en la Sesión 8va. celebrada por la Comisión Redactora. Posteriormente, en la Sesión 122, la Comisión dio por aprobados los números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, y 9 del artículo 11 y se propuso una nueva redacción para el número 8 en los siguientes términos: "Si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado i confesado el delito." [7] Queda claro, de lo dicho, que nos encontramos frente a circunstancias distintas.

El texto original, salvo el prurito legislativo en virtud del cual se cambió la expresión "reo" por "procesado", se mantuvo sin

variaciones hasta hace muy poco tiempo. Esto permitió un intenso trabajo jurisprudencial reforzado por la doctrina.

II) La atenuante hasta la Ley 19.806.

El texto actual del artículo 11 número 9 del Código Penal es fruto de la modificación que introdujo la ley del encabezado con fecha 31 de Mayo de 2002. Se produjo así un cambio impuesto por las necesidades de la Reforma Procesal Penal. Es claro el propósito de adaptar a la nueva realidad adjetiva las disposiciones de orden sustantivo.

Estimamos ineludible, sin embargo, tratar, aunque sea de manera somera, el contenido y alcance de la circunstancia atenuante en su concepción anterior a la reforma.

La evolución del precepto permite distinguir la existencia de dos textos diferentes, anteriores al actual. El primero se encontraba concebido en los siguientes términos: "Son circunstancias atenuantes:

9ª. Si del proceso no resulta contra el reo otro antecedente que su espontánea confesión" Este era el texto del Código. En el segundo texto, la expresión "reo" cambió por la de "procesado."

La historia fidedigna del establecimiento de la ley revela, como se anticipó, que la atenuante en estudio fue tomada del artículo 39 del Código Penal de Austria. Los términos con los que originalmente la Comisión Redactora concibió la circunstancia, sin embargo, no son idénticos a los que en definitiva aprobó.

En el Acta de la 8va. Sesión de Trabajo de la Comisión se lee: "El señor Reyes hizo presente que habian (sic) en el Código austriaco consignadas otras circunstancias atenuantes que convendri aasentar" (sic) en el Código." Señala el Acta que fue aceptada unánimemente la indicación. Luego de corto debate se aprueban las circunstancias de "haber procurado con celo reparar el mal causado, o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias" y en seguida el Acta consigna que, a indicación del señor Fabres, se conservó la idea de la octava circunstancia atenuante del artículo 39 del Código austriaco en estos términos: "Si del proceso no resulta otra prueba contra el delincuente que su espontánea confesión." (Destacado nuestro.)

En la Sesión 122, fue aceptado el texto de la atenuante en comentario, entre otras, discutiéndose una nueva redacción para la del número 8.

En la Sesión 168, de fecha 1 de Octubre de 1873, casi concluyendo el proceso de Revisación y con la asistencia del Ministro de Justicia, se acuerda por la Comisión leer todos los artículos del Proyecto con el fin de recoger las indicaciones que sobre ellos se hicieren. En relación al número 9 del artículo 11 se cambió la palabra "prueba" por "antecedentes" para reducir la atenuante "al único caso en que la confesión sea tan espontánea que sin ella no habría habido medio de hacer cargo al reo." Esta fue la última oportunidad en que los Comisionados trataron la materia, determinando el texto definitivo con el cual quedó el Proyecto, que corresponde al que se reprodujo supra.

Refiriéndose a la atenuante en comentario Del Río señala que se inscribe entre aquellas que atienden a la actitud del inculpado. Se coloca -escribe- en el caso de un delincuente ignorado o no precisado en cuanto a su persona o a la participación que le cupo en el hecho punible; no otra cosa significa que no le afecte otro antecedente contrario, en el proceso, que su espontánea confesión.[8] Agrega que, para producir la confesión efecto atenuante, debe reunir los requisitos de validez que exige la ley procesal, a saber, ser prestada ante el juez de la causa; ser libre y consciente; que el hecho confesado sea posible y verosímil, atendidas las circunstancias y condiciones personales del reo; y que el cuerpo del delito esté comprobado por otros medios y la confesión concuerde con las circunstancias y accidentes de aquél. (Artículo 509 del Código de Procedimiento Penal a la época en que escribía Del Río.)

Para Gustavo Labatut: "La atenuante del Nro.9 se coloca en el supuesto de que la justicia, aun en conocimiento del delito, ignore quien es el delincuente. La ley condiciona la aplicación de la circunstancia al hecho de que no exista en contra del delincuente ningún otro antecedente de cargo fuera de su confesión espontánea la que permitirá dirigir la acción en su contra."[9]. Nótese que el planteamiento del desaparecido profesor concuerda con el criterio expresado por los Comisionados, según lo vimos a propósito de la reseña sobre el establecimiento de la ley.

Coincidente con los criterios hasta aquí expresados, Novoa señala que: "Fuera de la confesión del delincuente no ha de existir en el proceso ningún otro antecedente que sirva para apoyar un cargo..."[10] Anota que la exigencia es de tal envergadura que, de existir un indicio o antecedente que permita arrancar un cargo, aun cuando no tuvieran valor legal en sí mismo, sería improcedente la atenuante. Afirma su aseveración en la historia de la Ley (Sesión 168) puesto que la Comisión Redactora cambió la expresión "prueba", que originariamente había empleado, por "antecedente". (Loc. cit.)

Con matices, los comentaristas destacan que la atenuante se configuraba con la cooperación que el delincuente prestaba a la acción de los tribunales y específicamente en lo relacionado con la participación, elemento central a la hora de deslindar esta atenuante de la del numeral 8 que la precede. Nos encontramos frente a un caso en el cual, pese a haberse establecido la existencia del delito, no ha ocurrido lo mismo con los partícipes lo que se logra sólo merced a la confesión.[11]. El propósito de la ley es utilitarista. "La razón de ser de esta atenuante es la cooperación que el delincuente

presta a los tribunales en la determinación del responsable de un hecho criminoso. Encontrándose la justicia en conocimiento de la comisión de un delito e ignorando quien es su autor, y el grado de participación que le cabe en el hecho punible, es la propia confesión del o los reos que en forma espontánea y como únicos antecedentes confiesan el delito, cooperando en esta forma con la justicia.”[12]

La Corte de La Serena, en fallo del año 1949, señaló que la atenuante se encuentra circunscrita al caso de un delincuente ignorado o no precisado en cuanto a su identidad o grado de participación en el delito y que de manera espontánea, sin llamado ni requerimiento alguno, se presenta ante la autoridad judicial a confesar su culpabilidad.[13]

Anota el mismo autor: “Dada la estructura de nuestro procedimiento penal, la atenuante juega en relación a la participación del procesado, y no con la determinación del cuerpo del delito, que puede estar ya justificado con cualquier otro medio de prueba (o puede incluso no estarlo). Ahora bien, es posible que gracias a la confesión del procesado aparezcan posteriormente nuevos antecedentes que se sumen a ella y contribuyan a reforzar la prueba de su participación; ello no obsta a la existencia de la atenuante.”[14] Para Etcheberry la circunstancia opera en casos en los cuales, de no mediar la confesión, el reo no podría haber sido tenido como partícipe. Escribe: “...el criterio decisivo es el de determinar si, prescindiendo de la confesión, se habría llegado o no a probar la participación del procesado.” (Loc. Cit.)

Cury por su parte ve en la atenuante una exigibilidad disminuida. “Al efectuar una confesión que será decisiva para la condena, el autor está evidenciando una personalidad a la que la ejecución del hecho punible es en algún modo ajena.”[15]

Todo lo anotado se inscribe en la lógica de un criterio de morigeración de la responsabilidad penal en armonía con el régimen procesal dentro del cual se desarrolló. Consecuente con el esfuerzo por establecer a ultranza la verdad histórica, el sistema inquisitivo de enjuiciamiento criminal estableció como “la reina de las pruebas” a la confesión. Ésta no es otra cosa que el reconocimiento por parte del imputado de su propia responsabilidad o culpabilidad; el reconocimiento, mas o menos solemne, de su participación en el hecho delictivo que se le imputa.[16].

En el sistema inquisitivo quien confiesa ahorra todo trabajo al tribunal, sin importar mucho el contexto en que la confesión se produzca. Es cierto que el Código de Procedimiento de 1906 establecía ciertos requisitos para otorgar validez a la confesión, pero éstos, en la práctica, eran muy difíciles de controlar en su existencia.

La “espontaneidad” de la confesión se identifica con la inexistencia de otras pruebas que pudieran obrar en contra del delincuente. Sin embargo, también supone que la confesión sea prestada sin mediar ningún agente externo de presión. Cuando la ley exige que la confesión sea “espontánea” desea que ésta se produzca voluntariamente, demanda que el agente del ilícito obre por impulso propio, que actúe por personal iniciativa. La Corte de Talca reconoció a los reos la concurrencia de la atenuante sobre la base de que la confesión debe considerarse espontánea si no consta que haya sido arrancada por la fuerza a los reos.[17]

Nuestros tribunales también han sido reiterativos en orden a entender que la atenuante se configura sólo si la confesión se presta en determinado momento dentro de la investigación. Algunas sentencias han exagerado este punto exigiendo que la confesión ocurra antes de que se inicien las indagaciones judiciales.[18]

Se ha exigido, asimismo, que la confesión sea prestada en las primeras comparecencias. La Corte Suprema estimó que la atenuante no concurre si el reo negó el delito en su primera declaración y sólo lo confesó en un careo posterior.[19] La misma Corte declaró que no procede la atenuante si el reo confesó luego de ser aprehendido por la Policía y la amplió a raíz de los cargos de su acusador.[20]

Por último y como se ha dicho, no hay disidencia en cuanto a entender que, para que opere la atenuante, la confesión ha de ser la única prueba que obre en contra del reo.

En síntesis, la atenuante, hasta la reforma que analizaremos a continuación, se encontraba establecida como una medida de Política Criminal. Se buscaba así estimular la confesión, reina de las pruebas, en el sistema inquisitivo. Estaba dada para aquellos casos en los cuales, de no mediar ella, el ilícito habría quedado impune por no haberse podido comprobar participación, independientemente de que se hubiese encontrado establecido o no el cuerpo del delito.

La atenuante luego de la modificación de la Ley 19.806.

Como lo anticipamos, el texto en vigor de la atenuante del artículo 11 número 9 del Código punitivo es fruto de una modificación que apunta a armonizar la norma sustantiva con el nuevo régimen procesal penal. Éste surge como una legítima reacción en contra del modelo inquisitivo anterior, fuente de corrupción y graves inequidades. La base del nuevo régimen procesal se encuentra en la separación de las funciones de investigar y acusar, por una parte, y la de juzgar, por la otra; todas las cuales se reunían antes en el juez del crimen. Se mantenía así un modelo de justicia criminal prácticamente único en el mundo por lo aberrante. “En un sistema inquisitivo...subyace la idea de que el poder de la autoridad y la seguridad de la comunidad tiene el carácter de absolutos, privilegiándose así la persecución penal en manos del Estado por sobre las garantías fundamentales que toda persona tiene, siendo la administración de justicia un

arma mas al servicio de la autoridad política.”[21]

La Reforma Procesal Penal persigue hacer realidad garantías constitucionales que, hasta su entrada en vigencia, no eran más que letra muerta en la Carta Fundamental. Un proceso penal concebido como un instrumento de garantía para el ciudadano, no como de persecución y castigo de los “delincuentes”, es el que se materializa en el sistema del Código del año 2.000. En efecto, las construcciones dogmáticas que en materia de garantías podían hacerse a la luz del Código de Procedimiento Penal demostraban escasa aplicación. Aun cuando el ordenamiento constitucional aseguraba a todo imputado el derecho de defensa, en la práctica esto no era más que una declaración de intenciones.[22]

El eje de una adecuada justicia criminal pasa por el reconocimiento de la denominada presunción de inocencia, absolutamente irrealizable en el sistema inquisitivo, por la intrínseca naturaleza de éste.

El nuevo Código procesal establece, en el artículo 93, una serie de garantías para el imputado entre las que merece destacarse la de la letra g), por la especial relación con la materia: nos referimos al derecho del imputado a guardar silencio. Ejemplo claro y categórico del distanciamiento del régimen inquisitivo es este derecho, inimaginable en el sistema del Código de 1906. De haber sido ejercido bajo el imperio de este, habría aparejado, probablemente, la molestia del inquisidor de turno y un encierro para el sospechoso, al menos a título de detención.[23]

Reconocido de manera indudable el derecho en comento, se le refuerza con una concepción absolutamente distinta de la declaración del imputado la que, de ser prestada, es concebida como un medio de defensa, conforme lo establece el artículo 98 del Código Procesal Penal.

El cambio es profundo. Desde un sistema en el cual el ciudadano arrastrado a la investigación era siempre sospechoso y el silencio hubiese sido mal interpretado, se pasa a uno en el que éste adquiere rango de derecho y su ejercicio no acarrea apremios. El Senado destacó que el derecho consiste en guardar silencio, no sólo en no ser obligado a prestar declaración.[24] Este punto es de gran relevancia práctica porque se relaciona con el de saber si, ejercido el derecho a guardar silencio, el tribunal puede extraer conclusiones del comportamiento elegido por el imputado.

Si se entiende que el silencio no es otra cosa que una forma de ejercer el derecho de defensa, no sería lícito extraer conclusiones del mismo.[25]

El criterio anterior ha sido relativizado por la Corte Europea de Derecho Humanos. Ésta ha dicho que, si bien la culpabilidad de un acusado no puede basarse exclusivamente en inferencias extraídas de su ejercicio del derecho al silencio, el hecho de extraer esas inferencias no significa desconocer el derecho a un proceso equitativo ni la presunción de inocencia.[26]

En nuestra opinión, cuando se navega por las aguas de las garantías lo hacemos en el mar de lo absoluto. “El criterio de la Corte resulta... particularmente peligroso, ya que supone en definitiva dejar entregada la decisión del problema a la discreción del tribunal, en cada caso concreto, impidiendo que el imputado y su defensor, al momento de tomar la decisión de declarar o permanecer en silencio, tengan verdadera certeza acerca de las consecuencias que tendrá en su defensa la decisión de guardar silencio. De esta manera, condicionar el valor del silencio a las circunstancias de cada caso concreto es... tanto como desconocer su existencia.”[27] Se ha dicho, con pie en Binder, que “fundar las resoluciones judiciales sobre una presunción surgida de un acto de defensa del imputado” viola el derecho a la defensa.[28]

Todo lo anterior a veces resulta paradójico incluso entre letrados. En efecto, fruto del sistema procesal penal antiguo, se mira con malos ojos que alguien “no colabore” guardando silencio. Quien así actúa-se dice- es porque busca eludir su responsabilidad. “En verdad, sobran razones para privar al silencio del acusado de valor como elemento para inferir culpabilidad, ya que un inocente puede también tener razones muy poderosas para negarse a declarar, tales como el temor a represalias, el deseo de proteger a otros, de resguardar aspectos reservados de su vida privada y, en especial, el peligro de perjudicar su propia defensa con un mal desempeño al momento de la declaración.”[29]

Permitir que un tribunal “extraiga conclusiones incriminatorias del derecho a guardar silencio constituye, obviamente, una forma indirecta de compeler a una persona a declarar, lo que está en directa contradicción con el principio de no autoincriminación, que persigue precisamente evitar toda forma de coacción para hacerlo.” ( Loc. Cit.)

El corolario ineludible de todo lo anterior es la desaparición de la confesión como medio de prueba en el nuevo sistema procesal penal y, para ser consecuente con ello, la atenuante del artículo 11 número 9 del Código Penal debió ser mudada. En su concepción actual es circunstancia de atenuación de la responsabilidad penal: “Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.”

Manteniendo el criterio tradicional, en orden a que tanto la circunstancia del número 8 como la que estudiamos, constituyen casos de colaboración con la justicia, basada en criterios político criminales, Politoff, Matus y Ramirez, estiman que la nueva redacción permite una apreciación mas laxa de las formas de colaboración muy necesaria en el nuevo proceso penal, “particularmente para recompensar a quien, reconociendo su responsabilidad por los hechos imputados, acepta soluciones diferentes al juicio oral (suspensión condicional del procedimiento, procedimiento abreviado, etc.)”[30]

Del mismo parecer es Cury en la última edición de su obra.[31]

Aun cuando el precepto efectivamente no se nos presenta tan rígido en su actual concepción, la clave se encuentra en la exigencia de una colaboración "sustancial" al esclarecimiento de los hechos, es decir, debe tratarse de un aporte del imputado relacionado con lo más importante o esencial al proceso en curso. La exigencia debe entenderse-*prima facie*- en función de lo señalado en el artículo 180 del Código Procesal Penal del que es posible inferir que el objeto de la investigación del Ministerio Público es el establecimiento y la averiguación de un hecho que reviste los caracteres de delito (noticia criminis). Para estos efectos el Ministerio Público debe proceder a la práctica de todas aquellas diligencias pertinentes y conducentes a fijar el hecho típico en el tiempo y en el espacio, así como establecer y averiguar las circunstancias relevantes para los efectos de la aplicación de la ley penal; los partícipes en el hecho materia de la investigación y las que sirvieran para verificar la responsabilidad de éstos.

Lo anterior no significa que circunscribamos la aplicación de la atenuante sólo a la etapa de investigación. Nada obsta, a nuestro entender y en contra de lo resuelto por algunos tribunales, que pudiera también establecerse a partir de lo obrado en el juicio. Así ocurrirá si, por ejemplo, se suscita duda y se discute la participación o el grado de la misma en el juicio. Si el imputado, que ha guardado silencio hasta ese momento, lo rompe para edificar el desarrollo del juzgamiento en la línea correcta a raíz de lo cual, en definitiva, el tribunal adquiere convicción sobre quienes y en que grados participaron en el delito, podría perfectamente acogerse la atenuante. En tal evento se ha colaborado de manera sustancial al esclarecimiento de los hechos. Lo mismo, *mutatis mutandi*, v.gr. si en un caso de parricidio con pluralidad de partícipes, entre los cuales se cuentan algunos sin vínculo parental con la víctima, no existe claridad sobre quien es el ejecutor material del delito y éste decide reconocerlo en el juicio a raíz de lo cual se determinan, exactamente, las conductas desplegadas por cada uno de los concurrentes al hecho. En este caso se habría también producido una colaboración sustancial en virtud de la cual los hechos serán acertadamente calificados como parricidio respecto del que tenía el vínculo de parentesco y como homicidio, simple o calificado, respecto de los restantes partícipes. (Supuesto, claro está, que el tribunal respectivo adhiriera a la tesis de la incomunicabilidad del vínculo.)

El derrotero de la atenuante en la práctica más reciente no ha sido del todo uniforme y no siempre coincide con las opiniones que aquí se han vertido.[32]

Un conjunto de sentencias rechazan la concurrencia de la atenuante por las más diversas razones. En causa RIT 9-2003 el Tribunal Oral de Talca rechaza la atenuante por entender que en el caso concreto no existe una colaboración sustancial en los términos exigidos por la ley. En el caso el imputado, al llegar Carabineros a su domicilio, se individualizó voluntariamente e hizo entrega de un arma que se encontraba en su poder. Enseguida acompañó también de manera voluntaria a los aprehensores hasta el Cuartel policial, lugar en el que prestó declaración, renunciando a su derecho a guardar silencio, y reconoció su participación. Hasta ese momento no existía respecto del imputado orden de detención ni tampoco orden de incautación de especies.

El Tribunal Oral analiza el contenido de la expresión sustancial, recurriendo al Diccionario de la Lengua Española y expresa que "lo esencial y más importante de la investigación son precisamente sus fines y estos no son otros que la comprobación del hecho y la identificación y responsabilidad de los partícipes en el mismo, elementos ambos que se encontraban plenamente establecidos con antelación al primer contacto personal que Carabineros tuvo con el acusado..." Continúa precisando que, a ese momento, ya se conocía la existencia de una agresión, las lesiones graves causadas a la víctima, su posterior fallecimiento y la identidad del autor, faltando, en consecuencia, solamente la detención de éste y la recuperación del arma empleada..."

Se constata en el fallo en comento una interpretación análoga a la que se hacía de la atenuante en su antigua concepción. En efecto, al invocar los antecedentes que precedieron a la confesión del acusado, merced a los cuales ya se había establecido el hecho delictivo y la persona de su autor, implícitamente identifica la antigua noción de no resultar contra el reo otro antecedente que su espontánea confesión, con la colaboración sustancial exigida hoy en día, criterio que sigue también el Tribunal Oral de Curicó en la causa RIT 40-2003 que rechaza la atenuante alegada por existir otros medios probatorios que, necesariamente, permitieron al ente acusador realizar la investigación.

Niega también el fallo efecto minorante a la conducta posterior al hecho desplegada por el acusado, la que permitió un muy rápido desarrollo de la investigación, basado en que no se estableció en el juicio que ello haya sido determinante para la realización o no de diligencias de investigación.

Por último, es dable destacar que, al menos implícitamente, el fallo niega también efecto a la renuncia del derecho a guardar silencio, criterio que explicitó el Tribunal Oral de Talca en proceso RIT 15-2003, en el que se hace cargo expresamente del problema, señalando que es insuficiente invocar, para sustentar la atenuante, la referida renuncia.

El Tribunal Oral de Antofagasta, en causa RIT 69-2005 se hace cargo de la argumentación en procura de la atenuante basada en la confesión del acusado. La defensa lo hace en su alegato de clausura. Sobre el particular señala que "Si bien el imputado confesó la perpetración del delito, ello no necesariamente configura la atenuante, pues lo que la constituye no es ese reconocimiento sino la colaboración al esclarecimiento de los hechos." De manera certera, el tribunal afina su razonamiento: "Cierto es que en oportunidades una confesión plena puede constituir la colaboración exigida en la

norma, pero no cuando el ilícito y la participación están cabalmente demostrados a la hora de la intervención del acusado.” Aun cuando participamos de este criterio interpretativo, aclaramos eso sí, que a nuestro entender no es exigible que se encuentren sin acreditar la participación y el hecho. Si acreditado uno, no está clara la existencia del otro, y contribuye a precisarlo la declaración del acusado, la atenuante debe ser concedida. Con mayor razón si la conducta del imputado es la que en definitiva permite establecer tanto la noticia criminis como la participación.

También se han hecho cargo los tribunales orales de la oportunidad en que se produce la actuación del imputado en procura de la atenuante. En causa RIT 49-2003 del Tribunal Oral de Talca, se resolvió que “tampoco corresponde admitir la concurrencia de la minorante...por cuanto la declaración prestada durante la audiencia...aparece como extemporánea.”; criterio que por sí sólo no es a nuestro juicio suficiente para descartar la concesión del beneficio, conforme a lo que antes se anotó.

En síntesis, los tribunales han rechazado la atenuante por estimar insuficiente al efecto la renuncia al derecho a guardar silencio de parte del imputado. En otros casos, en la línea correcta, analizan si el comportamiento posterior al hecho de parte del acusado puede o no estimarse como colaboración sustancial al establecimiento de los hechos, entendiendo la exigencia de manera análoga a como se entendía cuando no había en contra del reo otro antecedente que su espontánea confesión. Un fallo, al menos, aparece rechazando la atenuante cuando ésta se trata de configurar en el juicio, demandando una exigencia de oportunidad que, por sí sola, no es suficiente. No existe obstáculo a que la colaboración eficaz se pueda prestar no sólo durante la investigación, aunque así ocurrirá de ordinario, pero nada obsta a que se produzca durante el juicio mismo si se reúne el requisito de ser sustancial, es decir, si contribuye de manera importante al esclarecimiento de los hechos.

De entre los fallos que acogen la atenuante destacamos el dictado en la causa RIT 676- 2001 dictado por el Juzgado de Garantía de Loncoche en un procedimiento abreviado. Éste se hace cargo de la eficacia de la colaboración en la que se desea fundar su otorgamiento.

Señala el fallo que “...consta que el acusado presta declaración voluntaria ante Carabineros aun antes de ser detenido y luego ante la fiscalía, renunciando a su derecho a no autoincriminación, lo que evidencia subjetivamente una colaboración de contribuir en la investigación brindando los elementos necesarios que permitieron concluir prontamente con ésta. Al respecto para dar por configurada la atenuante mencionada, debemos entender que sin la colaboración del imputado por vía de la confesión y aporte de otros antecedentes probatorios, necesariamente calificados, la persecución penal habría sido imposible o altamente dificultosa.” Se hace cargo enseguida el fallo de la cuestión de la sustancialidad de la colaboración exigida por la ley y expone: “Efectivamente, la declaración oportuna, veraz y efectiva, en la que reconoce el hecho ilícito y su participación, es sustancial, pues sin ella no podríamos sostener con tal convicción ambos hechos y los supuestos del delito de robo en que nos encontramos. Como se ve, la colaboración del acusado aportó elementos variados, convincentes y abundantes a la determinación fáctica del fiscal y del Tribunal, pues no se hubiese llegado a tal conclusión sin sus declaraciones, pues analizadas las demás probanzas agregadas a este juicio, cabe concluir que excluida dicha colaboración, sin lugar a dudas el resultado de la persecución hubiera sido distinto...” Concluye el tribunal sentenciador señalando que: “Los antecedentes investigativos y la prueba de cargo no era diversa, abundante y suficiente para que por sí solos superar el estándar probatorio requerido para arribar a la certeza condenatoria por el delito que acusó la fiscalía.”

En el fallo se identifica colaboración sustancial y confesión como elemento determinante en el establecimiento del delito y la participación. Si bien se aprecia, el sentenciador razona sobre la siguiente base: si suprimida hipotéticamente la confesión, el proceso investigativo y posterior juicio, no hubiesen llegado a un desenlace condenatorio, aquella representa una colaboración sustancial. Esto es completamente análogo a lo que ocurría bajo la vigencia del antiguo texto. A la época, si suprimida hipotéticamente la confesión no resultaba acreditada la participación, era dable sostener que el efecto condenatorio era sólo consecuencia del actuar posterior al delito por parte del acusado; no había en contra de éste otro antecedente mas allá que su espontánea confesión.

Se reconoce también la atenuante en la sentencia dictada en la causa RIT 51-2003 del Tribunal Oral de Linares indicando los sentenciadores que existió colaboración sustancial de parte del acusado para esclarecer el hecho que se le imputó. Razona para ello sobre la base de que el imputado declaró y confesó el delito ante los funcionarios policiales renunciando así a su derecho a guardar silencio con lo cual permitió “un rápido y eficaz establecimiento del hecho, según refirieron los testigos...y, además, colaboró voluntaria y activamente en la toma de las pruebas caligráficas para que el perito....evacuara su informe, asunto que fue referido por este perito, quien también señaló en forma enfática que es imposible realizar esta clase pruebas sin la colaboración de quien se la está haciendo.”

La cooperación eficaz.

Por la ordinaria ocurrencia de las conductas en ella sancionadas, debemos referirnos a la cooperación eficaz que recoge la Ley 20.000 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Reza el artículo 22 de ese cuerpo legal que: “Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus 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.”

Agrega el inciso segundo de la disposición que, tratándose de los delitos del artículo 16, que castiga formas de asociación ilícita para el narcotráfico, la pena podrá rebajarse hasta en tres grados. Consagra así un criterio político criminal de benignidad más bien raro en las legislaciones patrias sobre drogas.

El inciso tercero de la disposición señala qué se debe entender para estos efectos por “cooperación eficaz”. Tal es “el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente” a establecer los hechos delictivos y los partícipes en ellos. Agrega el precepto que los actos de cooperación pueden también estar orientados a prevenir o impedir los ilícitos que se sancionan por esta ley.

Se trata de una atenuante especial que, pensamos, desplaza, precisamente por especialidad, a la del artículo 11 número 9 del Código Penal. Sentencias que se han ocupado de la materia refuerzan esta conclusión.

Se ha decidido que la atenuante requiere la entrega de información de tal envergadura que, merced a ella, se pueda descubrir a los partícipes o establecer el delito. Se ha sostenido que los antecedentes entregados por el inculcado deben tener una significación tal que sean cofundamentales con los otros datos del proceso, como cuando al momento de la detención se señalan los nombres y la individualización de los proveedores de las drogas incautadas. Se niega en cambio la atenuante en aquellos casos en que los datos revelados ya son conocidos por la policía. Tampoco basta para la configuración de la minorante el simple reconocimiento de participación de parte del imputado. Se requiere, según la Corte Suprema, que los datos entregados por el agente del delito contribuyan a determinar el hecho punible o la participación en el mismo o bien a impedir la perpetración de delitos similares.[33]

A modo de conclusión.

Es posible apreciar las similitudes entre las líneas interpretativas del antiguo precepto del artículo 11 número 9 con las seguidas respecto del actual. Como hemos visto, algunos entendieron que el artículo 11 número 9 en su actual concepción, sería de una aplicación mas laxa que su antecesor lo que, a nuestro modo de ver, no ha ocurrido. Por el contrario, el criterio jurisprudencial ha sido similar al seguido para interpretar la fenecida minorante de la confesión espontánea.

El texto propuesto por la Comisión Foro Penal del Ministerio de Justicia en el Anteproyecto de Nuevo Código Penal reúne tres situaciones alternativas, en una sola atenuante. La quinta circunstancia minorante de responsabilidad, del total de seis que contempla el Anteproyecto, consiste en: “Ponerse voluntariamente a disposición de la justicia; o confesar su intervención en el delito, o procurar contribuir de cualquier otro modo al esclarecimiento de los hechos.” Es posible apreciar en él una mayor gama de posibilidades de atenuación. Se sigue una orientación político criminal tendiente a circunscribir la sanción penal efectiva sólo a aquellos casos que representen desbordes realmente graves del comportamiento social ilegítimo, lo que se logra con un régimen de atenuación como el que propone el Anteproyecto.

#### FUENTES EMPLEADAS.

Fuentes legales.-

Código Penal de Chile.

Código Penal de Colombia.

Código Penal de España.

Código Penal de Venezuela.

Anteproyecto de Código Penal Chileno.

Fuentes doctrinales.-

1.- Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno. Edición Crítica del Centenario. Edeval. 1974. Bajo la Dirección y Estudio Preliminar del Profesor don Manuel de Rivacoba y Rivacoba.

2.- Cury, Enrique.- )Derecho Penal. Parte General. Edijur. 1988. 2 tomos. ( Segunda Edición.)

Derecho Penal. Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2005.

3.- Camps Zeller, José Luís. La defensa penal del imputado. Lexis Nexis. 2003.

- 4.- Cerda San Martín, Rodrigo y Hermosilla Iriarte, Francisco. Código Penal. Jurisprudencia en el nuevo sistema de justicia criminal. Segunda Edición. Librotecnia. 2006.
- 5.- Del Río, Raimundo. Derecho Penal. Tres tomos. Editorial Nascimento. 1935.
- 6.- Etcheberry, Alfredo. -)El Derecho Penal en la Jurisprudencia. (DPJ). Seis tomos. Samuel Muñoz Vera Editor. Concepción. Sin año de impresión.  
Derecho Penal.(DP). Cuatro tomos. Edijur. Tercera edición actualizada. 1997.
- 7.- González Parada, Gustavo y González Parada, Gastón. De las circunstancias atenuantes y agravantes. Editorial Sanver. Concepción. Sin año de edición.
- 8.- Horvitz, María Inés y López, Julian. Derecho Procesal Penal Chileno. Edijur. Dos tomos. Años 2002 y 2004.
- 9.- Jorquera, René y Herrera, Paola. Curso de Derecho Procesal Penal Chileno. Ediciones Jurídicas La Ley. 1993.
- 10.- Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre y Ramírez, Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Edijur. Dos Tomos. 2004.
- 11.- Politoff, Sergio y Ortiz Quiroga, Luís. Texto y Comentarios del Código Penal Chileno. Tomo I. Parte General. Edijur. 2002. Con la coordinación de Jean Pierre Matus.
- 12.- Vera, Robustiano. Código Penal de la República de Chile Comentado. Imprenta de P. Cadot y Cía. 1883.

[1] Preparado en base al trabajo del autor publicado en Gaceta Jurídica , 2006 N° 318.

[2] Así, Novoa, Eduardo. Curso, Tomo II, pag. 14.

[3] Vid. Lecciones. Parte General, pag. 503.

[4] Politoff, Matus y Ramírez. Ob. cit. Pags. 503-504

[5] Vid Derecho Penal. Tomo II de la Segunda Edición. Pág. 126.

[6] Vid. Código Penal Comentado. Pág. 116

[7] Actas. Pág. 466

[8] Derecho Penal. Segundo Tomo. Pág. 215g

[9] Derecho Penal. Tomo I. Págs. 315 y 316.



[10]Curso. Tomo II. Pág. 15

[11]Así también en Politoff, Sergio y Ortiz Quiroga, Luis. Comentarios. Pág.184..

[12]González Parada, Gustavo y González Parada, Gastón. Las circunstancias...Pág. 189.

[13] Etcheberry, Alfredo. DPJ. Tomo II. Pág. 223

[14]Derecho Penal. Tomo II. Pág.27

[15]Ob. Cit. Tomo II, pág. 126

[16]Así, Jorquera, René y Herrera, Paola. Curso. Pág. 489.

[17]Etcheberry. DPJ. Tomo II, pág.223

[18]Etcheberry. DPJ. Tomo II, pág.223.

[19]Etcheberry. DPJ. Tomo II, pág.222

[20]Etcheberry. DPJ. Tomo II, pág. 223

[21] Camps Zeller, José Luis.La defensa del imputado. Pág. 20

[22]Así, Camps. Ob. Cit. Pág.11.

[23]Sobre el reconocimiento de este derecho en Chile, antes del Código Procesal Penal, vid. Horvitz, María Inés y López, Julian. Derecho Procesal Penal Chileno.Tomo II. Págs. 82 y 83.

[24]Vid. Pfeffer, Emilio. Código Procesal Penal Anotado y Concordado.Pág.117

[25] Así en Horvitz y López. Ob. Cit. Págs. 83 y 84 que siguen en este punto a Binder.

[26]Vid Horvitz y López. Ob.cit. Pág. 85

[27]Horvitz y López. Ob. Cit. Pág. 85

[28]Ob. Cit. Pág. 84

[29]Horvitz y López. Ob. Cit. Pág. 84

[30]Ob. cit. Tomo I Pág. 512

[31] Derecho Penal. Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile. Pág. 496

[32]Un acabado trabajo sobre el particular en Cerda San Martín, Rodrigo y Hermosilla Iriarte, Francisco. Código Penal. Jurisprudencia en el Nuevo Sistema de justicia criminal. Tercera Edición Actualizada, de la cual hemos recogido los fallos que se citan.

[33]Así en Politoff, Matus y Ramírez. Parte Especial. Pág. 611