



**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO**

**“LA ATENUANTE DE LA IRREPROCHABLE CONDUCTA
ANTERIOR DEL DELICUENTE.”**

Por:

Carlos Antonio Zamora Carrasco.

**Tesina para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.**

Profesor Guía: Javier Rojas-Mery Arcos.

Mayo 2011.

INTRODUCCIÓN.

La presente tesina tiene por objetivo plantear diversos cuestionamientos que existen actualmente respecto de una atenuante de responsabilidad penal en particular, a saber, la contemplada en el artículo 11 N° 6 de nuestro Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior del delincuente.

Para esta labor he recurrido a la opinión de importantes autores, tales como los profesores Enrique Cury, Alfredo Etcheberry, Eduardo Novoa Monreal, Gustavo Labatut, entre otros. Asimismo, he recopilado jurisprudencia, utilizando para éste propósito algunas de las revistas que se publican en nuestro medio, a saber, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Gaceta Jurídica y Fallos del Mes.

Así, este trabajo en primer término enmarca dónde se encuentra situada jurídicamente la atenuante en estudio, realizando una breve mención de lo que son las Circunstancias Modificadorias de Responsabilidad Penal, y dentro de éstas las Atenuantes de Responsabilidad Penal, con sus debidas clasificaciones.

Posteriormente planteo tres grandes interrogantes sobre la atenuante de la irreprochable conducta anterior, que son las referidas al fundamento de la misma, preguntándome, si se trata de una ¿Exigibilidad disminuida o consideraciones a la personalidad del autor?, al contenido, cuestionándome si se requiere ¿Una vida virtuosa o solo falta de tachas? y finalmente me refiero al tiempo que se exige para la aplicación de la atenuante, en donde se requerirá de ¿Toda una vida ausente de tachas?

Es en las respuestas a estas interrogantes que se insertan las opiniones de los autores referidos, así como la jurisprudencia recopilada, dando en último término mi opinión sobre la materia en cuestión.

Incorporo también en este trabajo lo señalado por el Modelo de Código Penal para Latinoamérica, así como lo mencionado por el Anteproyecto de Código Penal Chileno, procurando vislumbrar otras soluciones, o lo que nos espera sobre esta atenuante.

Así, la hipótesis de la presente tesina, refiere al hecho que respecto de la atenuante en estudio existen una serie de interrogantes, las cuales aun no han sido resueltas de manera concluyente por la doctrina y como veremos mucho menos por la jurisprudencia.

Se trata de un trabajo en que se cuestiona la atenuante, plantea las diversas opiniones de autores y los criterios sostenidos por la jurisprudencia, incorpora lo señalado por textos elaborados recientemente como el Anteproyecto de Código Penal, para finalmente presentar la solución que he acogido.

INDICE.

| | Pagina |
|--|--------|
| I. Introducción..... | 2 |
| II. Índice..... | 3 |
| III. Concepto y Naturaleza de las Circunstancias Modificadoras de la Responsabilidad Penal..... | 4 |
| IV. Clasificación de las Circunstancias Modificadoras de la Responsabilidad Penal..... | 5 |
| V. Las Circunstancias Atenuantes de Responsabilidad Penal..... | 8 |
| VI. Clasificación de las Circunstancias Atenuantes de Responsabilidad Penal..... | 10 |
| VII. Fundamento de la Irreprochable conducta anterior. ¿Exigibilidad disminuida o consideración a la personalidad del autor?..... | 12 |
| VIII. La Irreprochable conducta anterior. ¿Una vida virtuosa o falta de tachas?..... | 15 |
| IX. ¿La atenuante requiere toda una vida de irreprochable conducta?..... | 23 |
| X. Clasificaciones de la Circunstancias Modificadoras de Responsabilidad Penal y la Irreprochable conducta anterior..... | 27 |
| XI. Conclusiones..... | 28 |
| XII. Bibliografía..... | 31 |

III. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

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 tipo¹.

Debido a que las circunstancias modificatorias no afectan la existencia misma del hecho punible, suele afirmarse que son “accidentales” al delito y se limitan a “circundarlo”, sin alterar su esencia. En tal sentido, se señala que nuestro C.P. da el nombre común de “circunstancias”, tanto a aquellos factores que eximen de responsabilidad penal, como a los accidentes que solamente tienen el efecto de atenuarla o agravarla (arts. 10 a 13 del C.P.) No obstante, es más propio para los primeros el nombre de “causas”, puesto que en su virtud el delito y la responsabilidad, generalmente no llegan a nacer. La voz “circunstancia”, en cambio, conviene a los accidentes que se unen a la sustancia de un hecho, sin alterarlo esencialmente².

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 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 “si” del delito, por lo menos actúan sobre su “como” y, en tal sentido, no puede afirmarse que se limitan a “circundarlo”.

La mejor prueba de lo expuesto es que algunas de las circunstancias modificatorias pueden, incluso, integrarse en ciertos casos a la tipicidad del delito influyendo entonces sobre su existencia al determinar la naturaleza del injusto respectivo. Esto sería

¹ Cury Enrique, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, Pág.99.

² Novoa Monreal Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo II, 2005, Pág. 10.

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 sólo 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”³.

IV. CLASIFICACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

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 más benigna; agravantes las que con su presencia conducen a que el hecho sea castigado más severamente; mixtas, por fin, las que mientras en ciertos casos atenúan, en otros agravan⁴.

B) DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA EXTENSIÓN DE SUS EFECTOS.

Las circunstancias atenuantes y agravantes 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, solo surten efecto

³ En Cury Enrique, Obra citada, Pág. 100.

⁴ Comparten este criterio: Garrido Mont, Mario, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Santiago, Pág. 178; Novoa Monreal, Eduardo, Obra Citada, Pág. 13; y Del Villar Brito, Waldo, Manual de Derecho Penal, Valparaíso, 1985, Pág. 240.

en relación a ciertos y determinados hechos punibles respecto de los cuales se les consagra expresamente. Están pues dispersas a lo largo de la ley⁵.

Entre estas dos categorías es posible introducir una tercera, pues existen algunas circunstancias agravantes, que no obstante incluirse en el catálogo de las genéricas actúan únicamente respecto de cierto grupo de delitos (art.12 N°s 1° y 5°).

El profesor Etcheberry⁶ agrega, que las atenuantes genéricas pueden dividirse en cuatro grupos: las eximentes incompletas; las relativas a los móviles; las relacionadas con la personalidad del sujeto y las derivadas de su conducta posterior al hecho. Desde ya cabe mencionar que la atenuante “irreprochable conducta anterior”, se inserta dentro de las relacionadas con la personalidad del sujeto.

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 fundamentadora de la circunstancia se incorpora ya en el 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 art. 63 del C.P., y para las resoluciones 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 esta 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 solo 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 echar mano a todos los recursos disponibles a la interpretación de la ley.

⁵ Comparten este criterio los profesores: Garrido Montt, Mario, Obra Citada, Pág.178; y Labatut Glenda, Gustavo, Derecho Penal, Tomo I, Santiago 1995, Pág. 200.

⁶ Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal, Parte General, Santiago, Pág. 15.

D) EN ATENCIÓN A LA NATURALEZA.

Las circunstancias modificatorias se clasifican en subjetivas y objetivas. Las primeras son aquellas que consisten en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, y se caracterizan porque sólo sirven para atenuar o agravar la responsabilidad de aquellos intervinientes en el hecho en quienes concurren (art. 64 inc. primero C.P.), es decir, no se comunican. Las segundas son las que consisten en la ejecución material del hecho en los medios empleados para realizarlo y sirven para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito (art.64. inc. Segundo C.P.), esto es, se comunican⁷.

E) POR ÚLTIMO, CABE 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 atenuatorias o agravatorias más significativas, que se establecen expresamente para cada una de ellas en diferentes disposiciones. Las atenuantes especiales suelen también llamarse privilegiadas⁸.

No deben confundirse las atenuantes especiales o privilegiadas con las que el art. 68 bis del C.P., denominadas “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, así se ha fallado “Primero: Que según consta del fundamento sexto del fallo que se revisa, la conducta pretérita del sentenciado ha sido irreprochable, por lo que estos sentenciadores teniendo presente la edad del encausado, su situación laboral y muy especialmente que el hecho que se le imputa aparece como aislado a lo largo de su vida, este Tribunal procederá a calificar dicha minorante de conformidad al artículo 68 bis del Código Penal.”⁹ y “Primero: Que atendido el mérito de los documentos de fojas 34 a 40, la declaración de los dos testigos de conductas de fojas 32 y 32 vuelta, estos sentenciadores

⁷ Comparten este criterio los profesores: Garrido Montt, Mario, Obra Citada, Pág.178; y Novoa Monreal, Eduardo, Obra Citada, Pág. 13.

⁸ Comparte este criterio el profesor: Del Villa Brito, Waldo, Obra Citada, Pág. 240.

⁹ Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de San Miguel, en causa Rol N° 1845-2001, de fecha 7 de Octubre de 2005, obtenida de pagina web puntotex.cl

estiman que la circunstancia atenuante de responsabilidad contenida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, que le fue acogida a la sentenciada en la argumentación octava del fallo de primer grado, es muy calificada dado que de los antecedentes antes aludidos se infiere que en sus treinta y siete años de vida su actuar ha sido irreprochable no obstante su condición socio económica paupérrima, debiéndose tener presente al respecto que habita en un lugar de gran contacto criminógeno y hubo de asumir roles de padre y madre para sus hijos por cuanto el primero se encuentra privado de libertad.”¹⁰, sin embargo también se ha resuelto “Primero: Que no se calificará la atenuante N° 6 del artículo 11 del Código Penal, solicitada por la defensa de los enjuiciados, tanto en su escrito de contestación de la acusación de fs. 225 a 243, respectivamente, como en la contestación del informe desfavorable del Sr. Fiscal Judicial de fs. 293, puesto que la situación de extrema pobreza de los enjuiciados, no resiste mérito alguno que permita otorgarle dicho beneficio, la pobreza no gratifica delinquir y especialmente con sustancias psicotrópicas que tanto daño causan a la salud pública.”¹¹ 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.

V. LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DE RESPONSABILIDAD PENAL.

Las circunstancias atenuantes genéricas se encuentran enumeradas taxativamente, tal como lo afirma el profesor Labatut¹², en el catalogo contenido en el art. 11 del C.P. Para una comprensión cabal del mismo, sin embargo, es preciso tener inmediatamente en consideración las disposiciones de los arts. 71,72 inc., primero y 73 de ese cuerpo legal.

El sistema consagrado por la ley, por consiguiente, corresponde al del llamado *numerus clausus*, con arreglo al cual solo se aceptan como causales de atenuación aquellas a las cuales el ordenamiento jurídico confiere explícitamente ese carácter. Al respecto el profesor Garrido Montt¹³, señala que la ley penal no cuenta con una norma que establezca criterios que permitan a los tribunales crear otras causales modificatorias de responsabilidad o asimilar nuevas hipótesis a las ya descritas por la ley (aplicación por

¹⁰ Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de San Miguel, en causa N° 1811-2001, de fecha 29 de Junio de 2005, obtenida de pagina web puntolex.cl

¹¹ Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de San Miguel, en causa N° 3386-2000, de fecha 22 de Septiembre de 2004, obtenida de pagina web puntolex.cl

¹² Labatut Glenda, Gustavo, Obra Citada, Pág. 210.

¹³ Garrido Montt, Mario, Obra Citada, Pág.179

analogía). En este mismo sentido el profesor Novoa¹⁴ indica que nuestro Código hace una enumeración taxativa de las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal y no permite considerar otras circunstancias, no determinadas expresamente, como aminorantes de ella, a diferencia de lo que sucede en los códigos español e italiano vigentes.

Este sistema 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.

Cabe mencionar a este respecto, que el Anteproyecto del nuevo Código Penal Chileno¹⁵ mantiene básicamente una estructura similar respecto de las atenuantes, pero con un cambio fundamental, dado que deja atrás el sistema del *numerus clausus* dando cabida en su art. 7 N° 6, a la atenuante por analogía, al señalar el Art.7 “Son circunstancias atenuantes” N° 6 “Cualquier otra circunstancia de análoga significación a las anteriores”. Cuestión que venía siendo reclamada por la doctrina nacional¹⁶, de esta manera, se morigeró la rigidez del código en el proceso de determinación de la pena.

Suele sostenerse que las atenuantes obedecen todas a fundamentos subjetivos. En este sentido el profesor Labatut¹⁷ señala que las circunstancias atenuantes son disposiciones peculiares del sujeto, anteriores, inmediatas o coetáneas al delito, que disminuyen su responsabilidad sea porque denotan menor peligrosidad, y con ello una mayor posibilidad de readaptación social, sea porque manifiestan que no ha obrado con plena advertencia o claridad de juicio. Son, por lo tanto, de carácter eminentemente subjetivo, lo cual significa que más que al hecho mismo, obedecen a una función atenuante a las condiciones personales del delincuente. Esta generalización es combatida

¹⁴ Novoa Monreal, Eduardo, Obra Citada, Pág. 15.

¹⁵ Texto elaborado por los profesores Matus Acuña, Jean Pierre y Hernández Basualto, Héctor y aprobado por las deliberaciones de la Comisión Foro Penal del Ministerio de Justicia, desde el 8 de Mayo de 2003 hasta el 10 de Noviembre de 2005. Entregado al Presidente de la República, don Ricardo Lagos Escobar, el 18 de Diciembre de 2005.

¹⁶ Matus, Jean Pierre. Comentario al Artículo 11 del Código Penal. Politoff, Sergio y Ortiz, Luis, Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 2002, Pág.168.

¹⁷ Labatut Glens, Gustavo, Obra Citada, Pág. 210.

por el profesor Novoa¹⁸ argumentando que el art. 64 del C.P. expresa que tanto las atenuantes como las agravantes pueden tener carácter subjetivo y objetivo, señala así, que es cierto que la gran mayoría de las atenuantes consisten en condiciones o calidades personales del delincuente; pero también hay algunas, como las del N° 1 del art. 11 del C.P., que pueden consistir en una situación objetiva, en la que falten algunos requisitos de aquellos que en su conjunto excluirían la antijuricidad de la conducta, y que presenta, por ello, lo que podría denominarse una eximente incompleta. El profesor Cury¹⁹, en desacuerdo con esto señala que las razones invocadas por la crítica “no me parecen convincentes”, y así el hecho de que el art.64 del C.P., aluda a atenuantes objetivas no significa que las haya, por lo menos entre las genéricas. Afirma también, que las “justificantes incompletas” no afectan la antijuricidad, por lo mismo que en tanto justificantes son imperfectas, sino más bien, a la culpabilidad del autor.

VI. CLASIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DE RESPONSABILIDAD PENAL.

Para el estudio de las circunstancias de atenuación, la clasificación que ofrece el profesor Etcheberry²⁰ 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.

A) LAS EXIMENTES INCOMPLETAS.

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

¹⁸ Novoa Monreal, Eduardo, Obra Citada, Pág. 14.

¹⁹ Cury Enrique, Obra Citada, Pág.103

²⁰ Etcheberry, Alfredo, Obra Citada, Pág. 15.

B) ATENUANTES FUNDADAS EN LOS MOVILES DEL AGENTE.

En los Nros. 3, 4, 5 y 10 del art. 11 del C.P., se encuentra 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, por todos los autores chilenos, pasionales o emocionales. La última se refiere a quien ha obrado por celo de la justicia.

C) ATENUANTE RELATIVA A LA PERSONALIDAD DEL SUJETO.

Con arreglo al artículo 11 N° 6 del C.P., se concede una atenuación de la pena “si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable”. Sobre esta atenuante me referiré en profundidad en el siguiente capítulo de esta tesis.

D) ATENUANTES QUE SE FUNDAN EN LA CONDUCTA DEL AUTOR POSTERIOR AL DELITO.

Las atenuantes a que se refieren los Nros. 7, 8, y 9 del art. 11 del C.P., aluden todas 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, así la ley otorga un tratamiento más benévolo al autor, con el objeto de estimularlo, aun después de perpetrado el hecho punible, a paliar sus consecuencias o 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, cuya demostración, por cierto, no se exige por la ley, o por lo 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 emparentaría también con los casos de exigibilidad disminuida. Aun sin ser decisivo, esto puede cobrar importancia 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.

VII. FUNDAMENTO DE LA IRREPROCHABLE CONDUCTA ANTERIOR. ¿EXIGIBILIDAD DISMINUIDA O CONSIDERACIÓN DE LA PERSONALIDAD DEL SUJETO?

Con arreglo al artículo 11 N° 6 del C.P., 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 1948 y 1952, ha sido objeto de mucha controversia, entre otras razones, por su fundamento.

En la literatura nacional, se ha sostenido, que con esta norma “se abre paso, en cierta medida, a la consideración de la personalidad del sujeto en nuestra ley positiva”²¹, en el sentido de atribuir significado a su carácter para la determinación de la punibilidad.

Es así como 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 este sea uno de tales casos, pues la atenuante, admite una fundamentación y por eso también una mejor interpretación²².

En primer lugar cuando la conducta precedente del individuo ha sido intachable, hay motivos para suponer que la perpetración del delito fue ocasionada por 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 producto enteramente libre de ella, sino el de una situación anómala que la perturbó.

El profesor Novoa, invierte, por completo este argumento, sugiriendo que para rechazar su valor como atenuante podría señalarse, en el plano de la teoría penal, el argumento de que un individuo que en todo momento ha podido observar una conducta intachable en lo cual habrán influido, de seguro, circunstancias muy favorables de ambiente y de cultura se le puede exigir, con mayor vigor, si cabe que se mantenga en el mismo plano y que no decida entrar en el campo de la trasgresión jurídica. Nótese, agrega el profesor Novoa, que el hecho que constituye la atenuante no modifica en nada los elementos que determinan la responsabilidad penal, como ocurre con otras circunstancias de atenuación que tienen el efecto de afectar la razón o voluntad, de manera que correspondería aplicarla también al que fríamente se resolviera a delinquir,

²¹ Novoa Monreal, Eduardo, Obra Citada, Pág. 32.

²² Cury Enrique, Obra Citada, Pág.119.

solamente porque hasta entonces su comportamiento no había merecido reproche alguno²³.

El razonamiento antes mencionado, es correcto, en cuanto sostiene que una persona a la cual se le han brindado una serie de circunstancias favorables y beneficiosas de desarrollo le es exigible un comportamiento más acorde y apegado con el ordenamiento jurídico, sin embargo, la aseveración arranca a juicio del profesor Cury 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 libertad²⁴. Con el criterio sustentado por el profesor Novoa se produce la paradoja de que el buen carácter grava y el malo beneficia.

Naturalmente, el profesor Novoa está en lo cierto cuando da a entender que a quien más se ha dado, puede exigirse más. Por esto, 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 tolerable, 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 la 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 puede tener efectos bien diferentes sobre delincuentes diferentes”, cosa que “no ha de ser descuidada por el juez en el acto de fijar la pena”²⁵.

²³ Novoa Monreal, Eduardo, Obra Citada, Pág. 33.

²⁴ Maurach, Reinhart, “Tratado de Derecho Penal”, traducción al español de Juan Córdoba Roda, Barcelona, Editorial Ariel Derecho, Tomo II, Pág. 30.

²⁵ Maurach, Reinhart, Obra Citada, Pág. 30.

También desde este punto de vista merece consideración atenuatoria la irreprochable conducta anterior, aunque, como el propio Maurach²⁶ lo destaca 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.

Así y con el objeto de obtener una conclusión respecto del fundamento de la atenuante en cuestión, no cabe más que señalar, que según mi apreciación la atenuante de la irreprochable conducta anterior, se encuentra basada en una presunción de exigibilidad disminuida deducida de la conducta anterior irreprochable del delincuente.

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 al 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”.

Así, en consideración a todo esto, y respaldando la conclusión a la que he arribado, las críticas que suelen dirigirse a la atenuante no parecen fundadas²⁷. Si alguna vez se prescinde de ella, es posible que su ausencia se deje sentir en forma lamentable.

En esta misma línea de razonamiento parece moverse el profesor Matus, al indicar que lo cierto es que un somero análisis de nuestra jurisprudencia demuestra que se trata de una de las causales de atenuación más socorridas en los Tribunales de Justicia, en un esfuerzo humanitario por mitigar las a veces excesivas penas que se prodigan en algunos títulos del Código, y en algunas leyes especiales (como la Ley 20.000 por ejemplo), permitiendo al mismo tiempo otorgar a sus beneficiarios la oportunidad de enmendar su rumbo, mediante la concesión de alguno de los beneficios de la Ley N° 18.216. En tanto tales condiciones se mantengan, no parece del todo censurable una concesión al humanitarismo, si con ello se posibilita una adecuada aplicación de las penas²⁸.

²⁶ Ibídem nota anterior.

²⁷ Etcheberry, Alfredo, *Obra Citada*, Pág. 20.

²⁸ Matus, Jean Pierre; Politoff, Sergio y Ramírez María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, parte general, segunda edición, editorial jurídica de Chile, 2003 Pág. 508.

VIII. LA IRREPROCHABLE CONDUCTA ANTERIOR, ¿UNA VIDA VIRTUOSA O FALTA DE TACHAS?

La mayoría de la doctrina sostiene que la ley exige una conducta anterior irreprochable, esto es, exenta de tacha. El requisito es así puramente negativo y por lo tanto, no es necesario acreditar que el sujeto ha llevado una vida virtuosa. 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 social²⁹. En consecuencia no deben tomarse en consideración infracciones morales sin proyección sobre la convivencia. Que el autor sea consumidor habitual de literatura pornográfica o no ame sus hermanos es aquí del todo irrelevante. Así, la jurisprudencia entiende, por lo general, que no existe conducta anterior irreprochable si el autor ha sido condenado antes por delito cualquiera. A este respecto los tribunales aceptan la prueba de la irreprochable conducta anterior sólo mediante el extracto de filiación libre de antecedentes penales. Así, se ha fallado que “los prontuarios son el medio como el estado atestigua la conducta de sus portadores, según palabras de los motivos del Decreto Supremo que los creó. En consecuencia, si éstos carecen de anotaciones penales pretéritas debe considerarse acreditada la atenuante contemplada en el art. 11 N° 6 del Código Penal”³⁰, en el mismo sentido, se ha resuelto que “la atenuante de irreprochable conducta anterior ha de ser acogida con el sólo mérito del extracto de filiación que no registra antecedentes, sin que sea necesario exigir al efecto prueba testifical, habida cuenta del principio de inocencia y buena fe inherente a la persona, recogido por la propia Constitución”³¹ y “el prontuario exento de anotaciones penales es suficiente para probar que el encausado ha observado una conducta anterior exenta de todo reproche, como lo exige el N° 6 del artículo 11 del Código Penal”³².

Sin embargo, en otros casos, y variando de criterio, los tribunales han exigido probar ésta circunstancia mediante la declaración de testigos. Así, en fallos dictados por la Corte Suprema, sostenidos entre los años 1983 a 1994, se resolvió por ejemplo, “Procede por encontrarse acreditada con el mérito de las declaraciones de los testigos a fojas 394 y con la circunstancia de que el reo en su extracto prontuario de fojas 206 no registra más

²⁹ Etcheberry, Alfredo, *Obra Citada*, Pág. 20.

³⁰ R. D. J tomo LXXXI, 2ª. Parte, sección 4ª., Pág. 101

³¹ *Gaceta Jurídica*, N° 197, Pág. 145.

³² *Gaceta Jurídica*, N° 207, Pág. 140; en el mismo sentido *Gaceta Jurídica* N° 79, Pág. 72 y R. D. J Tomo LXXXV, 2ª parte, sección 4ª, Pág. 178

anotaciones que la de ésta causa”³³ y “Procede porque se acreditó su irreprochable conducta anterior con el extracto de filiación que no registra anotaciones ajenas a este proceso y las declaraciones de dos testigos”³⁴.

Sobre la ebriedad, que la jurisprudencia suele estimar óbice a la apreciación de la atenuante³⁵, debiera hacerse una apreciación más fina. 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. En este sentido nuestros tribunales han resuelto que: “Aunque el procesado no registra anotaciones en su extracto de filiación y antecedentes, y rindió información sumaria de testigos con ese fin, no es posible admitir que lo favorezca dicha atenuante, señalada en el N° 6 del Artículo 11 del Código Penal, por cuanto a ello se opone el hecho de ser el reo adicto a las drogas como está probado en autos”³⁶ y “No procede puesto que de su extracto de filiación no registra otras condenas y que se hallan allegado al proceso las declaraciones de dos personas que dicen haberlo conocido como un sujeto responsable y un buen hijo de familia, lo cierto es que estos antecedentes no son satisfactoriamente idóneos para calificar, sin otros datos, de intachable la conducta del reo. Se requiere algo más que no haber sido condenado en otras oportunidades, no basta tampoco la opinión de los referidos testigos que dicen ser sus amigos, para convencerse de que ha tenido un proceder ejemplar. Las restantes probanzas consistentes en declaraciones, calificaciones de personas que no han comparecido al juicio a ratificar tales declaraciones. Por el contrario, las normas de buena convivencia, ingresó en estado de embriaguez a un local donde se desarrollaba una fiesta a la que no había sido invitado”³⁷.

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, como los delitos culposos; ciertos atentados sin víctima en contra de la moralidad sexual, como la sodomía consentida; determinados

³³ Jurisprudencia recogida del libro del profesor Mera F, Jorge, “Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema”, año 2007, Pág. 394.

³⁴ *Ibidem* nota anterior, Pág. 396

³⁵ Labatut Gena Gustavo, obra citada, Pág. 313.

³⁶ Fallos del mes, N° 287, Pág. 484.

³⁷ Jurisprudencia recogida del libro del profesor Mera F, Jorge, “Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema”, año 2007, Pág. 180.

tipos de delitos políticos puros o algunos delitos económicos o tributarios, no debieran ser tomados en consideración sino en el caso de que realmente revelaran en el individuo una concreta inclinación antisocial³⁸.

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

Aún cuando buena parte de la doctrina está de acuerdo en considerar que la ley exige una conducta anterior irreprochable, esto es, exenta de tacha, por lo que el requisito es puramente negativo y por lo tanto, no es preciso acreditar que el sujeto ha llevado una vida virtuosa, el profesor Novoa³⁹, plantea que para considerar una conducta como irreprochable no debe encontrarse en ella nada reprehensible, ni desde el punto de vista jurídico ni desde el punto de vista moral. Porque la ley exige que sobre esta conducta no recaiga mácula alguna. Por ello es que no podría invocarla el que acostumbre a embriagarse y ni siquiera el que estaba voluntariamente ebrio al cometer el delito.

Siendo así, el fundamento de esta atenuante es que el hechor haya sido un buen elemento social, cumplidor de las disposiciones legales, respetuoso de la autoridad y observador de las normas de convivencia, se ha resuelto así: “Para que resulte procedente la atenuante del N° 6 del art.11 del C. Penal, se requiere que el procesado haya tenido un comportamiento anterior irreprochable, exento de toda macula tanto en el plano ético como en lo jurídico- penal, características que no concurren respecto de quien se acogió al beneficio del D. L. N° 409 de 1932”⁴⁰ y “Se acoge porque hay declaración de testigos que reconocen las nobles condiciones del reo como elemento familiar y de trabajo honorable, junto con el parte de fojas 43 y en la ficha antropométrica que rola a fojas 63 en los que no se constatan quebrantamientos de principios morales o de otra índole. Y en su propia profesión “corredor de propiedades” que requieren especiales condiciones de

³⁸ Etcheberry, Alfredo, Obra Citada, Pág. 20.

³⁹ Novoa Monreal, Eduardo, Obra Citada, Pág. 31.

⁴⁰ Gaceta Jurídica, N° 145, Pág. 109.

responsabilidad. Por lo mismo debe dársele a esta atenuante el carácter de muy calificada⁴¹.”

Claramente la interrogante planteada presenta hasta el momento dos soluciones diametralmente opuestas, el asunto consiste en determinar si la voz “irreprochable conducta anterior del delincuente” implica una mera exigencia negativa en términos de carencia de prontuario criminal del sujeto, o en su defecto, exige positivamente una conducta mas o menos meritoria del sujeto hacia la sociedad, observada invariablemente hasta la comisión del delito, en que la atenuante se pretende hacer valer.

Así, puedo señalar que mi opinión, es conciliatoria relativamente con la tesis del profesor Novoa, esto es, la atenuante exige para su configuración algo más que una mera omisión delictual. Demostrare así el por qué.

El profesor Novoa señala que el significado de la conducta irreprochable, es que no pueda encontrarse en ella mácula alguna. Esto quiere decir, que la misma debe carecer de toda reprensión, sea desde el punto de vista jurídico o desde el punto de vista moral. Es una tesis de exigencia máxima.

A la luz de mi opinión, su tesis me parece exagerada, por eso que es conciliatoria relativamente con la del profesor Novoa, atendido a que su posición es de una exigencia inusitada, toda vez que el Derecho Penal como disciplina jurídica no tiene fuero para someter a juicio las conductas que tan sólo se manifiestan en el orden ético de las personas, y que por lo mismo solamente afectan los ámbitos moral, religioso y de las buenas costumbres privadas, que no acusan trascendencia social. Esto es, todos los ámbitos estrictamente particulares del individuo.

El problema es complejo en extremo, toda vez que según mi parecer, no obstante lo dicho anteriormente, la atenuante sí exige un comportamiento ejemplar en el orden jurídico, y también en el ámbito social o intersubjetivo del sujeto que está siendo sometido a un proceso por su primera conducta punible. Omitir tal exigencia implicaría interpretar erróneamente la disposición legal del artículo 11 N° 6, como una disposición negativa, en circunstancia que ello no es así, ni siquiera gramaticalmente. Nos encontramos claramente frente a un caso de interpretación conjugada de la norma penal en cuestión, en la cual debe ineludiblemente recurrirse a su espíritu toda vez que con ello no solo no se desatiende su tenor literal, sino que se perfecciona o completa.

⁴¹ Jurisprudencia recogida del libro del profesor Mera F, Jorge, “Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema”, año 2007, Pág. 395.

Así, el sentido de la norma es claro y la voz “irreprochable” es categórica. De haber pretendido el legislador una conducta carente de delitos cometidos habría procedido con un tenor distinto de redacción, afirmando algo así como “es circunstancia atenuante, la conducta del delincuente anterior al delito actualmente juzgado, exenta de crímenes, simples delitos y faltas”.

Que respaldando mi postura, se ha resuelto “Que por otra parte, para la configuración de la atenuante en referencia, la conducta anterior que exige la ley ha de ser irreprochable lo que requiere la ausencia no sólo de condenas criminales anteriores, sino además que ella no resulte censurable o reprochable por vulneraciones, defectos, actos o circunstancias que hayan atentado con alguna gravedad contra las normas sociales, entre ellas las jurídicas. En consecuencia tal conducta no resulta irreprochable si los antecedentes del condenado han sido estimado suficientes por los sentenciadores para reprocharla en cualquier medida.”⁴². En el mismo sentido la juez doña María Isabel González Rodríguez, del Tribunal Oral de Talca, en causa Rit 9-2002, emitió un voto de prevención en orden a la concesión de esta atenuante, señalando que “no concurre en la especie la atenuante de responsabilidad penal establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal. A juicio de esta sentenciadora la irreprochable conducta anterior requiere de prueba que acredite que el sujeto ha mantenido una conducta exenta de tacha tanto en lo que respecta a aspectos legales como ético-sociales, durante un periodo prolongado de tiempo. En la especie, la declaración de tres testigos que señalaron conocerlo desde hace aproximadamente dos años no es suficiente, ni por las actitudes que refirieron ni por el período respecto del que expusieron, para estimar que se cumplen los presupuestos de la causal en comento”⁴³. Finalmente la Excelentísima Corte Suprema resolvió lo siguiente sobre la materia “Que conviene, en primer lugar, resolver sobre la pretensión de la parte recurrente en orden a que se reconozca al procesado Valdenegro Meza la minorante contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, la de irreprochable conducta anterior, que la defensa de ese encausado pretende se le debe reconocer respecto de los dos delitos por los cuales ha sido condenado.

Ahora bien, a este respecto debe tenerse presente, desde luego, que una conducta anterior exenta de reproche no se tiene tan sólo con no haber sido condenado precedentemente a una pena penal.

⁴² Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de San Miguel, en causa Rol 14-2006, de 16 de Enero de 2006, obtenida de pagina web puntolex.cl.

⁴³ Cerda San Martín Rodrigo y Hermosilla Iriarte Francisco, “Código Penal. Jurisprudencia en el Nuevo Sistema de Justicia Criminal”, junio 2004, pag 55.

Basta, para que el comportamiento anterior sea reprochable, que el procesado haya observado uno que implique perturbaciones de la paz social, incluso si ellas no llegan a configurar un hecho punible o cuando, configurándolo, no se lo haya declarado todavía responsable de él.

Por consiguiente, en el caso sub-lite es manifiesto que el inculpado Valdenegro carecía de una conducta anterior irreprochable, pues aparte de que existían indicios fehacientes de que había delinquido en una oportunidad precedente los hay también de que en ese período previo se había comportado en repetidas ocasiones de una manera socialmente perturbadora y dañina.”⁴⁴

Así mi parecer es que la voz “irreprochable conducta anterior” no solamente no es negativa, sino que en su interpretación autentica, y en su acepción semántica, la misma es francamente positiva.

La actitud literaria del profesor Cury en referencia a este asunto, es diametralmente opuesta a la del profesor Novoa. Menciona el primero que la irreprochable conducta significa exento de tachas, con lo que el requisito se transforma en meramente negativo. Basta, así según él, con establecer que el autor se abstuvo siempre de obrar mal.

Esta tesis tan permisiva y procesalmente poco exigente ha avalado la interpretación, errónea según mi parecer, de la jurisprudencia chilena actual, en orden a prodigar universalmente la atenuante, demostrando escuetamente que antes del delito, el sujeto en cuestión dejó de cometer otros. Solamente por esa razón, debería ser acreedor de un aminoramiento de la pena, la que por lo demás dentro del universo de los procesados, constituiría la regla general. Esto es tanto inaceptable como inconveniente.

Así mi postura habita en un justo medio, entre la posición máximamente exigente del profesor Novoa, y la tesis dadivosa en concesión de la atenuante, del profesor Cury.

Estimo que nos encontramos en la senda interpretativa de la presente aminorante, francamente más cerca de la posición del profesor Novoa que de la del profesor Cury. Ello por cuanto el primero, como ya se ha reiterado, efectúa una exegesis exigente de la atenuante en términos positivos. No obstante esto, reitero que el Derecho no está en condiciones de requerir de conductas apostolares a sus súbditos, para poder ofrecerles así un beneficio normativo.

En estricto rigor, las conductas del individuo previas a la ejecución del delito, deben haber sido sostenida y permanentemente intachables, es decir, el sujeto ha de haber

⁴⁴ Sentencia de la Exma. Corte Suprema, causa Rol 1572-2004, de 26 de Mayo de 2004, obtenida de pagina web puntolex.cl.

observado un comportamiento irreprochable, que es idéntico a decir, altamente meritorio en todos aquellos ámbitos en que el ordenamiento jurídico puede juzgar.

Solamente este sujeto puede ser acreedor de tal prerrogativa político-criminal. Esta conducta debe haberse revertido socialmente, en provecho de la comunidad, en términos tales que podrían atribuirle a su autor, la calidad de servidor, no solo de sus propios intereses, sino que también de los ajenos.

Advierto en este punto por supuesto, mi separación respecto del profesor Novoa. No exijo entes con comportamiento monacal, ni tampoco hombres virtuosos, éticamente hablando, como podría serlo el hombre extraordinariamente piadoso, caritativo o que no haya hecho mas que el bien en su vida, mediante obras que lo enaltecen frente al fiel y ordenado cumplimiento de los preceptos éticos. Muchas veces todas estas loables actitudes que conllevan una vida punto menos que santificante, se cumplen en el anonimato o en el silencio, y carecen de toda relevancia social o colectiva, y por ende jurídica. Por tal razón el Derecho no puede preocuparse de investigar, ni el tribunal juzgante tampoco, esta enorme gama de actos morales, que no se reflejan o traslucen en la sociabilidad, escenario donde únicamente puede operar el ordenamiento jurídico.

Debido a lo anterior la exigencia positiva de la atenuante, se traduce en que al beneficiario de la misma, deberá exigírsele como fundamento para morigerar la punibilidad aplicable al delito, un comportamiento pretérito ejemplar en el orden social, y en el ámbito de las relaciones externas entre los hombres.

Este es a mí entender, el criterio aplicable, y por tratarse de una situación límite y empírica, deberá la misma ser analizada casuísticamente por el tribunal al que le corresponda aplicar la norma. Tan solo a modo ejemplar diré que a mi parecer, el individuo que se embriaga en público, o al menos el que deja sentir sus efectos reiteradamente en publico, y particularmente en una etapa mas o menos prolongada, antes de la comisión del delito por el que se le juzga, carece de irreprochable conducta anterior, aunque no tenga delito alguno previamente a su haber. Contrariamente, el sujeto que suele con cierta frecuencia embriagarse tan solo en privado y por las noches, sin relevancia social alguna, y hasta sin ofrecer mal ejemplo, por la privacidad absoluta de tal acción, merecería a mi juicio, al menos en un primer análisis, la atenuante de la irreprochable conducta anterior, siempre y cuando la ebriedad oculta pudiera cumplidamente, compensarse en forma diurna con actitudes o comportamientos, de trascendencia social y por ello jurídica, meritorios. Y no es posible sostener otra posición, toda vez que el Derecho debe juzgar actos sociales y no morales de vida íntima.

La verdadera razón de mi visión de la atenuante, radica en el orden natural de las cosas, pues si la misma fuera meramente negativa, como pretende e insinúa casi la unanimidad de la jurisprudencia actual en Chile, merecería premio quien nunca ha caído en el delito, aún estando en un ambiente altamente favorable desde el punto de vista cultural, y ésta posición permisiva y aquiescente, no se compadece con las exigencias sociales de comportamiento civilizado de una comunidad de hombres y no de caníbales.

Que si bien es cierto, el Derecho Penal, no exige ni héroes ni santos, también es efectivo que obliga a que los hombres se conduzcan en su calidad de racionales.

No puede el ordenamiento jurídico en consecuencia, erigir como un criterio normativo ordinario, las conductas antisociales o delictuales, ya que “meritorio” según este parámetro licencioso, sería tan solo omitir ejecutarlas; y en este evento, ya se encontrarían los sujetos en ésta hipótesis, en situación de hacerse acreedores de un premio o halago por parte del ordenamiento jurídico. Si partiéramos del presupuesto falaz antes enunciado, todo cumplimiento fiel de la ley y su observancia rigurosamente estricta, incluso fuera del ámbito del Derecho Penal debería ser objeto de un premio o incentivo, así debería existir una condonación tributaria para el que voluntariamente cumple su obligación impositiva; o bien perdón de proveer de pensión alimenticia a un padre que nunca ha sido arrestado por inobservancia de la obligación anterior; tan solo constituyen dos ejemplos, en los ámbitos tributarios y del derecho de familia, para demostrar cuan aberrantes son estas posiciones generosas, en estas esferas.

Así, si aceptamos la tesis propuesta por el profesor Cury y la jurisprudencia condescendiente, estamos formando una conciencia errónea entre los ciudadanos, en el sentido de que por cumplir voluntariamente con la ley, esto es no delinquir, ya se encuentran en situación extraordinaria, que amerita premio, recompensa, reconocimiento y gratitud.

Culmino mi postura en este tema, afirmando que no merece un galardón, el hecho de que nunca antes se haya matado, sino que merece un premio el hecho de que haya habido siempre preocupación por la vida.

Resulta interesante incorporar en este punto, lo planteado por la Comisión Foro Penal del Ministerio de Justicia, quienes, en la redacción del anteproyecto para la elaboración de un nuevo Código Penal, señalan respecto de la atenuante en estudio en el artículo 7 circunstancia 3^a, “Son circunstancias atenuantes: No haber sido condenado

anteriormente por delito”⁴⁵. Según las actas de discusión de la Comisión Foro Penal del Ministerio de Justicia, ésta se encontraba dividida en cuanto a si mantener o no la circunstancia, así el profesor Acosta estaba por suprimirla y el profesor Feller por mantenerla formulándola en términos similares a la del Art. 55 del Código Penal de Colombia, señalando la “ausencia de condena”. Vinculando la atenuante planteada en el anteproyecto con la discusión en comento, resulta evidente advertir que ésta se acerca más a la postura del profesor Cury sobre la materia, sin embargo su acercamiento no es pacífico, dado que recordemos que la postura de este profesor señala que se configura la atenuante aun cuando se haya sido condenado por hechos punibles de poca importancia, como las faltas, o que no merecen una reprobación ético-social intensa, como los delitos culposos, ciertos atentados sin víctima en contra de la moralidad sexual, o sea, aun cuando se haya sido condenado por hechos como los descritos se presentaría de todas formas la atenuante. Así la redacción del anteproyecto es clara y señala “el no haber sido condenado anteriormente por delito”, por lo que si bien la atenuante es mas conciliadora con la posición del profesor Cury, no lo es completamente.

No cabe lugar a dudas que la redacción planteada en el anteproyecto de Código Penal, es muchísimo más esclarecedora que la actual y supera diversos problemas de interpretación respecto de la atenuante en comento.

IX. ¿LA ATENUANTE REQUIERE TODA UNA VIDA DE IRREPROCHABLE CONDUCTA?

La presente interrogante es un problema llevado a la doctrina, pero con una fuente eminentemente práctica. Así, en respuesta a la pregunta, he podido encontrar a lo menos tres repuestas, propuesta por la doctrina y respaldas por jurisprudencia, a saber; la del profesor Novoa, la planteada por los profesores Cury y Etcheberry y la propuesta por Jorge Luis Varela del Solar.

El primero señala que la ley exige una conducta irreprochable anterior al delito, y como no se distingue en cuanto a la anterioridad, la misma no fija duración mínima o un plazo determinado en el cual ella se ha presentado. En conclusión de lo anterior, la irreprochable conducta debe haber existido durante toda la vida del condenado anterior

⁴⁵ Texto elaborado por los profesores Matus Acuña, Jean Pierre y Hernández Basualto, Héctor y aprobado por las deliberaciones de la Comisión Foro Penal del Ministerio de Justicia, desde el 8 de Mayo de 2003 hasta el 10 de Noviembre de 2005. Entregado al Presidente de la Republica, don Ricardo Lagos Escobar, el 18 de Diciembre de 2005.

al delito por el cual se le juzga actualmente. Así se ha fallado por nuestros Tribunales de Justicia: “El hecho de haber sufrido una condena anterior, obsta a la aceptación de la atenuante del N° 6 del artículo 11 del Código Penal, aun cuando se refiera a un delito-falta, y aun cuando hayan pasado muchos años desde su comisión, porque la ley exige que la conducta anterior del delincuente este libre de todo reproche, y se refiere a toda la vida anterior del procesado sin que pueda invocarse un plazo de prescripción”⁴⁶ y “ Al reo no lo favorecía la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, porque había sido enjuiciado con antelación por sentencia ejecutoriada, desechándose su alegación de que debió tenerse por inexistente tal condena en atención a que de acuerdo con el Art. 93 de Código Penal la pena se encuentra prescrita. La extinción o término de su responsabilidad como agente delictivo no puede hacer desaparecer un acto de mal comportamiento anterior, sino únicamente la carga de su responsabilidad por el delito cometido”⁴⁷.

Otra posición es la planteada por los profesores Cury y Etcheberry, quienes señalan que como la ley no establece un límite temporal, y por ende, pareciera exigirse que toda la vida anterior del delincuente haya sido intachable, es prudente que se proponga un límite racional, con arreglo al cual no debieran tomarse en cuenta hechos de la adolescencia y juventud que no revelan tendencia antisocial alguna y solo son expresiones comprensibles de la efervescencia vital imperante en esa edad. Es así como cita el profesor Etcheberry en apoyo a su idea el ejemplo de los muchachos de Unamuno, que quiebran los faroles del alumbrado público para expresar su entusiasmo juvenil, no dejan de gozar, por ese solo hecho, de una conducta irreprochable⁴⁸, en apoyo a ésta postura se ha fallado: “De las actas de la Comisión Redactora del Código Penal, particularmente de lo ocurrido en la sesión 164 de 2 de Julio de 1873, se desprende que el criterio de los comisionados fue el de que los efectos de las penas tuvieran un determinado límite y no duraran para siempre, una vez que el condenado por su buena conducta durante un largo tiempo se ha hecho digno de recobrar lo que perdió. La circunstancia de que el encausado haya sido condenado anteriormente a una pena de quinientos cuarenta días de reclusión por un cuasidelito de homicidio perpetrado en Julio de 1978, habida consideración a la época en que ese hecho ocurrió, la naturaleza cuasi delictual de responsabilidad que se le imputara y la historia fidedigna del establecimiento

⁴⁶ R .D .J tomo LVI, sección 4ª. Pág. 236.

⁴⁷ Fallos del mes, N° 282, Pág. 132 y en el mismo sentido R .D .J. tomo LXXIX, 2ª Parte, sección 4ª, Pág. 50.

⁴⁸ Etcheberry, Alfredo, Obra Citada, Pág. 20.

del inciso 1º del artículo 105, del Código Penal, no obstaculiza, el reconocimiento en su favor, de la atenuante de irreprochable conducta anterior contemplada en el N° 6 del artículo 11 del aludido código”⁴⁹.

Una tercera solución a la interrogante es la propuesta por Jorge Varela del Solar⁵⁰ quien señala que el criterio de interpretación de la norma, que es muy vaga, debe desenvolverse de diferente manera. En efecto, cree que debe aplicarse plenamente en este caso, la institución procesal de la prescripción; principio universal que informa todo el Derecho, y que confiere seguridad y certeza a sus titulares, y cuya existencia no puede omitirse en el ámbito criminal, toda vez que es causal de extinción de la responsabilidad penal.

Señala así, que resulta evidentemente inconveniente y más aun inaceptable, que pueda haber plazos que se prolonguen por toda la vida de las personas en el Derecho, con mayor razón no los puede haber en el ámbito de la ley penal, donde se encuentra en juego un bien tan importante como la vida y la libertad del condenado. De manera que estima que la voz “irreprochable conducta anterior” se encuentra constreñida por el límite de la prescripción de la pena penal. No importaría así que la conducta anterior del juzgado, verse sobre un crimen, simple delito o falta, ya que la gravedad de la misma no es óbice para la concesión de la atenuante, si se encuentra extinguida del todo su responsabilidad criminal, instancia que para estos efectos, debería borrar toda huella de conducta delictual, pues de lo contrario, señala que su institución carecería de eficacia y sería meramente ilusoria en sus beneficios.

Por lo mencionado anteriormente, el límite de la “anterioridad” de la conducta reprochable del sujeto que ésta siendo juzgado, debe ser buscado por el tribunal con arreglo a un criterio normativo y procesal, la prescripción de la pena, en el evento de encontrarse en el pasado del sujeto, la ejecución de una conducta punible.

A mi juicio el límite propuesto por los profesores Etcheberry y Cury, en la actualidad es peligroso, considerando las actuales estadísticas de criminalidad juvenil. La idea de límite planteado por estos autores, se explica sólo si se toma en cuenta que fue expresada hace más de cuarenta años, en una época en que las faltas cometidas por noveles individuos no pasaban de ser bromas de estudiantinas o travesuras de barrio, como las que ejemplifica con los muchachos de Unamuno. Pero hoy en día la delincuencia juvenil

⁴⁹ R .D .J tomo LXXXIX, 2ª Parte, sección 4ª. Pág. 179.

⁵⁰ Varela del Solar Jorge Luis, “De la Irreprochable conducta anterior. Doctrina y Jurisprudencia”. Editorial Jurídica. 1989.

es tal, que no solo 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 ésta circunstancia.

Así, el criterio de interpretación de la norma propuesta por los profesores Cury y Etcheberry, resulta inaplicable atendida la vaguedad de la misma, toda vez que proporciona al juez un elemento impreciso y ambiguo de interpretación, como es la mayor o menor mocedad o adolescencia del autor.

Respecto de la propuesta planteada por Jorge Varela del Solar, esta es inadecuada, dado que la institución de la prescripción no resulta aplicable a la atenuante en estudio. Así, es efectivo que la responsabilidad penal prescribe, pero la atenuante, de la irreprochable conducta anterior, no dice relación con la responsabilidad penal sino con la fijación de la pena, en otras palabras, la observancia y estudio de las atenuantes de responsabilidad penal comienza en aquellos casos en que ya se ha determinado de manera cierta y efectiva la responsabilidad de un sujeto en la comisión de un delito. Por lo que no procede que se aplique de manera análoga la prescripción a la circunstancia atenuante en estudio, por la sola finalidad de obtener certeza jurídica, a mayor análisis, la propia atenuante establece un plazo claro y cierto, toda la vida anterior del delincuente.

Mi parecer sobre este punto, es concordante con lo propuesto por el profesor Novoa, por consiguiente sostengo que para ser beneficiado con la aplicación de la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 6, se hace exigible una conducta irreprochable durante toda la vida anterior del sujeto activo.

Debe distinguirse muy claramente en estos casos entre la ausencia del demérito, por no poderse aplicar la agravante de reincidencia en razón del tiempo transcurrido desde el delito anterior y la presencia de un mérito positivo, que para la ley está constituido únicamente por una conducta anterior que no merezca el menor reproche, en virtud del cual puede tenerse por disminuida la responsabilidad penal del delincuente.

Si la Ley no estableció un tiempo de examen de la vida anterior del sujeto activo, no procede que la doctrina o jurisprudencia establezcan un plazo determinado de estudio de la vida pretérita o pasada respecto de quien se pretende aplicar la atenuante en estudio.

X. CLASIFICACIONES DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD PENAL Y LA IRREPROCHABLE CONDUCTA ANTERIOR.

Habiendo analizado la atenuante de irreprochable conducta anterior, me parece que estamos en condiciones de establecer cual es el sitio que ocupa la atenuante dentro del catálogo del artículo 11 del Código Penal.

En efecto, desde un punto de vista de la extensión de las consecuencias jurídicas o efectos, se trata de una atenuante genérica, ya que es capaz de atribuirse u operar respecto de cualquier delito y no solo de algunos.

En atención de sus fundamentos, se clasifica entre las que se basan en consideraciones relativas a la personalidad del autor.

En cuanto a la naturaleza de la atenuante, la misma se inscribe dentro de las subjetivas, toda vez que consiste en una disposición moral del delincuente, o en otra causa personal, y solo sirve para atenuar la responsabilidad criminal de aquel o aquellos que intervienen en el hecho punible

Y por ultimo en cuanto a la regulación de sus efectos, la atenuante se clasifica como común, toda vez que los mismos se encuentran expresados entre los artículos 65 y 68 del Código Penal.

XI. CONCLUSIONES.

La hipótesis planteada al inicio de esta tesina, decía relación con el hecho de que respecto de la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es la irreprochable conducta anterior del delincuente, existen una serie de cuestionamientos que son indispensables dilucidar para una adecuada aplicación de ésta recurrida atenuante.

Sin duda alguna que el objetivo de éste trabajo era plantear algunas de estas interrogantes, señalar las diversas posiciones presentes en la doctrina y jurisprudencia, para finalmente dejar plasmado en este trabajo la opinión que me he formado respecto de la materia.

Así necesariamente las conclusiones de éste trabajo, serán a lo menos tres, atendido en número de preguntas que fueron sometidas a estudio.

Respecto al fundamento de la atenuante: No cabe duda que el razonamiento planteado por el profesor Novoa es cierto, en cuanto éste sostiene que a quien más se ha dado, respecto de su situación socioeconómica, oportunidades, educación y cultura más se le puede exigir respecto a su comportamiento, sin embargo comparto la idea de que éste razonamiento parte de una premisa errada y es que respecto de la comisión de un hecho punible se debe estar al comportamiento del sujeto “aquí y ahora”, esto es resulta dificultoso vincular un comportamiento punible a un sujeto que durante toda su vida se ha comportado de manera adecuada y sin reproches, por lo que resulta lógico concluir que ese comportamiento reprochable jurídicamente fue ocasionado por circunstancias extraordinarias que conmovieron su capacidad de autodeterminarse, por lo que en tal sentido, la atenuante se apoyaría sobre un indicio de exigibilidad disminuida y no en consideraciones relacionadas con la personalidad del autor, así 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 producto enteramente libre de ella, sino el de una situación anómala que la perturbó.

Respecto al contenido de la atenuante: Quizás sea este el aspecto más controvertido de la presente tesis, atendido el hecho de que mi conclusión no es concordante con las ideas más influyentes en la doctrina actual, así agoto este punto señalando que resulta fácil concluir que la redacción de la atenuante en estudio está planteada en términos puramente negativos, por lo que en principio no resultaría exigible un comportamiento positivo para justificar la aplicación de la atenuante. Sin embargo este razonamiento me

parece demasiado tolerante y permisible respecto de la aplicación de la irreprochable conducta anterior.

Puedo señalar de manera absoluta que comparto la idea de que el Derecho y particularmente el Derecho Penal, es aplicable solo a conductas con connotación social, por lo que no cabe inmiscuirse en aquellos comportamientos que realiza el sujeto y que solo afectan su esfera más íntima.

Así mi parecer es que la voz “irreprochable conducta anterior” no solamente no es negativa, sino que en su interpretación autentica la misma es francamente positiva. En estricto rigor, las conductas del individuo previas a la ejecución del delito, deben haber sido sostenidas y permanentemente intachables, es decir, el sujeto ha de haber observado un comportamiento irreprochable, que es idéntico a decir, altamente meritorio en todos aquellos ámbitos en que el ordenamiento jurídico puede juzgar, esto es, solo respecto de conductas que tenga un alcance social.

Sostengo asimismo que si aceptamos la tesis de que la atenuante solo exige un comportamiento libre de tachas, estaríamos formando una conciencia errónea entre los ciudadanos, en el sentido de que por cumplir voluntariamente con la ley, esto es no delinquir, ya se encuentran en situación extraordinaria, que amerita premio, recompensa, reconocimiento y gratitud.

Respecto del tiempo exigible para la aplicación de la atenuante: Sobre este punto me he inclinado por una postura clara y que es concordante con la asumida por el profesor Novoa, en cuanto la atenuante exige para su aplicación, toda una vida irreprochable por parte del sujeto activo anterior a la comisión del delito.

El planteamiento de cierta parte de la doctrina, en cuanto sostiene que no se deben considerar para la aplicación de la atenuante comportamientos de juventud o adolescencia, es a mi parecer un parámetro excesivamente vago e impreciso, sobre todo teniendo en consideración los actuales índices de criminalidad juvenil y el tipo de delitos que los adolescentes ejecutan hoy en día.

Si la Ley no fijó un plazo de observancia de la vida pasada del sujeto activo, y utilizó simplemente la voz “anterior”, aludiendo así a toda la vida pretérita del individuo, no procede que la doctrina o la jurisprudencia lo establezcan.

Para finalizar, puedo señalar que la atenuante de la irreprochable conducta anterior goza de una norma claramente interpretable, por ese motivo es que me ha interesado el análisis de la misma, a esto se suma el hecho de que resulta ser una de las atenuantes de mayor aplicación en la práctica por los Tribunales de Justicia, en donde mayoritariamente

basta con probar que el sujeto no ha sido condenado antes por otros delitos para que sea empleada, así salvo casos en que se opone un querellante acucioso que logra obtener de los tribunales superiores de justicia una apreciación más cuidadosa, la atenuante se acredita invariablemente a aquel en contra del cual se aplica una pena por primera vez.

Que así, en la confección de la presente tesis me he logrado formar la convicción de que el requisito de la conducta del delincuente en cuanto a ser irreprochable, es para nuestros Tribunales, salvo fallos extraordinariamente minoritarios, meramente negativo. Esta postura tan exageradamente complaciente, lleva a una práctica cotidiana y universal por parte de los Tribunales, en orden a prodigar la aplicación de la misma, a todo aquel que no exhiba un prontuario o extracto de filiación en contra. Manifiesto aquí mi malestar por esta forma de aplicar la atenuante en estudio.

Me parece que esto conlleva a un relajamiento universal de las costumbres, y un ensanchamiento de la frontera de lo permisible y de las conductas éticas y socialmente tolerables (ebriedad escandalosa), todas las cuales no parecen ser óbice para la aplicación de la irreprochable conducta anterior, en caso de haber una hoja penal pasada en blanco.

Acuso en esta tesina una conducta permisiva y peligrosamente relajada de nuestros Tribunales, que interpretan y aplican la atenuante de manera indiscriminada, general, mecánica y supletoria ante la imposibilidad de escoger otra atenuante para el caso, que exija más detalle en su aplicación.

Todo lo anterior, me lleva a denunciar que la circunstancia atenuante de la irreprochable conducta anterior, ha devenido progresiva y dramáticamente, en la hermana ilegítima de sus pares atenuantes, toda vez que la misma es acogida sin ningún estudio concienzudo, sino que en virtud de un mero procedimiento mecánico, rudimentario y criminológicamente muy defectuoso.

El profesor Cury está en lo cierto cuando afirma que probablemente esto ha ocurrido así, por intentar medianamente liberarse el juez, de las ataduras que le impone un sistema legal de extrema rigidez. Aun así esto no impide que la atenuante se haya desvirtuado en su sentido genuino. Una opción viable para la resolver lo denunciado, sería la incorporación de la aplicación analógica de las atenuantes de responsabilidad penal, tal como lo propone el Anteproyecto de Código Penal expuesto en esta tesina.

BIBLOGRAFIA.

- Cury Enrique, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988.
- Novoa Monreal Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo II, 2005.
- Garrido Mont, Mario, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Santiago.
- Del Villar Brito, Waldo, Manual de Derecho Penal, Valparaíso, 1985.
- Labatut Glenda, Gustavo, Derecho Penal, Tomo I, Santiago 1995.
- Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal, Parte General, Santiago.
- Anteproyecto de Código Penal, texto elaborado por los profesores Matus Acuña, Jean Pierre y Hernández Basualto, Héctor y aprobado por las deliberaciones de la Comisión Foro Penal del Ministerio de Justicia, desde el 8 de Mayo de 2003 hasta el 10 de Noviembre de 2005. Entregado al Presidente de la República, don Ricardo Lagos Escobar, el 18 de Diciembre de 2005.
- Matus, Jean Pierre. Comentario al Artículo 11 del Código Penal. Politoff, Sergio y Ortiz, Luis, Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- Maurach, Reinhart, “Tratado de Derecho Penal”, traducción al español de Juan Córdoba Roda, Barcelona, Editorial Ariel Derecho, Tomo II.
- Matus, Jean Pierre; Politoff, Sergio y Ramírez María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte general, segunda edición, editorial jurídica de Chile, 2003.
- Mera F, Jorge, “Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema”, año 2007.
- Varela de Solar, Jorge Luis, “De la irreprochable conducta anterior”, Editorial Jurídica, año 1989.