



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO

“Atenuante del artículo 11 número 9 del Código Penal y su evolución legislativa: de la confesión espontánea a la colaboración sustancial.”

Por:

Pascuala Liset Díaz Jerez.

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

Profesor Guía: Jorge Mera Figueroa

Junio 2012.

## INDICE

	Página.
I. Introducción.....	03
II. La individualización judicial de la pena.....	04
III. Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal.....	05
III.I. Definición.....	05
III.II. Derecho Comparado.....	07
III.III. Clasificación.....	09
IV. Atenuante del artículo 11 número 9 del Código Penal, y su evolución legislativa.....	11
IV.I. La atenuante hasta antes de la ley N° 19.806.....	12
IV.II. La atenuante luego de la modificación de la ley N° 19.806.....	17
IV.III. Aplicación jurisprudencial de la colaboración sustancial.....	29
V. La atenuante del artículo 11 N°9 y la cooperación eficaz.....	36
VI. A modo de conclusión.....	41
VII. Bibliografía.....	44

## I. INTRODUCCIÓN

La presente tesina tiene por finalidad presentar al lector una exposición metódica de la atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 número 9 del Código Penal chileno, tanto de sus fundamentos, como de sus finalidades, requisitos y naturaleza, así como la historia de su establecimiento y evolución, hasta su aplicación jurisprudencial en nuestros días.

Luego de este análisis, que incluirá también referencias a su aplicación en el derecho comparado, mi meta es que el lector pueda tener una aproximación, a lo menos general, acerca de la atenuante del artículo 11 número 9, y principalmente de su evolución legislativa y jurisprudencial, que es el objeto de este trabajo.

El método a utilizar en este trabajo será el dogmático, conforme al cual analizaré las normas jurídicas pretéritas, así como las actualmente vigentes en nuestro sistema jurídico, en relación a esta atenuante. Se señalará del mismo modo, la doctrina de autores en relación con esta materia. Haré, además, una mención de la principal jurisprudencia existente.

Procuraré realizar un análisis de *lege data*, para finalmente, en la medida de lo posible, plantear algunos postulados de *lege ferenda* en el campo del derecho penal, específicamente en relación con el futuro que le espera a esta atenuante de responsabilidad penal.

## II. LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.

En atención a lo dispuesto en el art. 62 del C.P., la individualización judicial de la pena ha de hacerse tomando en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho, y la valoración que de éstas hacen las reglas de los arts. 63 a 73 del C.P., sistema que se conoce como de *determinación relativa de la pena*.

Si bien estas reglas presentan una aparente rigidez, aumentada por la especificación legal de las circunstancias que en ellas influyen, esto se ve compensado con las amplias facultades que se les otorgan a los tribunales para, según sea el número y entidad de dichas circunstancias, aumentar o disminuir en grados las penas señaladas por la ley.

Politoff, Matus y Ramírez<sup>1</sup>, nos señalan que la experiencia en relación con la mayor o menor regulación positiva de la individualización penal no es unívoca. Aunque en teoría parece preferible ampliar el arbitrio judicial, precisamente en los países donde se le ha reservado un ámbito mayor<sup>2</sup>, la jurisprudencia ha reclamado de la doctrina, y ha llevado luego a la práctica un buen número de criterios “restrictivos”. Además, hoy se entiende que la medición o determinación de la pena es tarea compartida entre el legislador y el juez. Por esto, la traslación de la responsabilidad a los jueces mediante la fijación de marcos punitivos excesivamente amplios, ha traído consecuencias negativas para la igualdad en la determinación de la pena o, como ha ocurrido en Alemania, ha llevado a la imposición infundada de las penas mínimas.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> POLITOFF Sergio, MATUS Jean Pierre, RAMÍREZ María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General. Editorial Jurídica de Chile, 2008, Pág.503.

<sup>2</sup> El sistema reglado, a la usanza de los Códigos decimonónicos, ha sido abandonado en la gran mayoría de las legislaciones influenciadas por la dogmática alemana. Por ejemplo, los nuevos Códigos Penales de Perú (1983), Colombia (2000), Bolivia (1987), Cuba (1992), Paraguay (1993) y Argentina (1994), se limitan a proporcionar al juez algunos criterios generales y libran la ponderación de ellos a su arbitrio. Esta tendencia ya fue anticipada por el Código Penal Tipo para América Latina, en su art. 73.

<sup>3</sup> Para más información sobre este punto, Cfr. a MAURACH, GÖSSEL, ZIPF.

### III. LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

#### III.I. DEFINICIÓN.

No ha definido nuestro Código Penal las circunstancias atenuantes, sólo se ha limitado a enumerarlas en su art. 11, cuestión que en definitiva no es censurable, por cuanto el Código no es un tratado científico. Pero bien, como su nombre lo indica, las atenuantes disminuyen la responsabilidad penal del agente, y por ende, la pena aplicable al hecho criminal en que concurren.

La gran mayoría de los autores franceses, *René Garraud*, entre otros, sostienen que las circunstancias atenuantes son indefinidas e indefinibles; son tantas y de tal naturaleza y entidad que no sería posible comprenderlas en los términos de una definición. Debido a estas razones, los autores franceses prefieren dar las principales y más sobresalientes características de las atenuantes y no una definición de éstas.

*Francesco Carrara*, el clásico por excelencia, no define las atenuantes, teoría que no aceptó y que substituyó por la particular doctrina de las fuerzas del delito. *Joaquín Francisco Pacheco*, el famoso comentarista del Código Penal Español de 1870, tampoco ensaya definiciones al respecto.

Los autores alemanes, por otra parte, tratan de las atenuantes en relación con el efecto que ellas producen. *Von Liszt* las trata en relación con la pena y no en relación con el delito y el delincuente.

En el ámbito nacional, *Robustiano Vera* nos daba la siguiente definición: “Son aquellas razones incompletas de excusa que disminuyen la responsabilidad del autor de un delito, en atención a los accidentes que concurren en su ejecución.”<sup>4</sup> La definición de Vera da a entender que les reconoce carácter objetivo, al expresar: “...accidentes que concurren en la ejecución del delito”, pero al tratar cada atenuante en particular, les reconoce a cada una de ellas naturaleza subjetiva.

---

<sup>4</sup> Robustiano Vera, Código Penal Comentado. Imprenta P. Cadot, Santiago 1883. Pág. 111.

*Gustavo Labatut* da el siguiente concepto : “Se entiende por circunstancias atenuantes aquellas disposiciones peculiares del sujeto, anteriores, inmediatas o coetáneas al delito que disminuyen su responsabilidad, sea porque denotan una 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.”<sup>5</sup> Reconoce el carácter de subjetivas de las atenuantes, al sostener que ellas obedecen a condiciones personales del delincuente.

*Etcheberry, Cury, Novoa, Garrido Montt*, no señalan definición a su respecto.

*Etcheberry*<sup>6</sup> señala que nuestro Código Penal se ocupa de las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal tanto en la Parte General (*atenuantes genéricas. Arts 11 y 72*) como en la Parte Especial (*atenuantes específicas*). Las primeras, salvo especial indicación contraria de la ley, se aplican a todo delito y producen el efecto que la propia parte general del Código les señala. Las segundas rigen solamente respecto de determinadas figuras de delito, donde la ley las ha establecido, y producen el efecto que allí mismo se les asigna.

Las circunstancias genéricas se encuentran enumeradas taxativamente en el catálogo del art. 11 del C.P., sin perjuicio de lo cual para su cabal comprensión, es preciso tener en consideración las normas de los arts. 71, 72 inc. primero y 73 de este cuerpo legal.

El Código en vigor es tributario de la Época de las Luces, y desconfiando de todo arbitrio judicial, estableció un sistema de *numerus clausus*, con arreglo al cual sólo se aceptan como causales de atenuación aquellas a las cuales el ordenamiento jurídico otorga este carácter. Se adoptó este sistema 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.

---

<sup>5</sup> Gustavo Labatut, Elementos de Derecho Penal. Editorial Jurídica. Santiago 1954. Tomo I, pág. 268.

<sup>6</sup> Etcheberry Alfredo, Derecho Penal, Parte General. Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, 1997. Tomo II, pág. 15.

Aún cuando pudiera pensarse que el sistema referido atrapa al tribunal juzgador en una suerte de fórceps, del cual sería difícil zafarse, anotan *Polítoff, Matus y Ramírez* que la rigidez es aparente, pues la ley provee también al juzgador de facultades para que, según el número y entidad de las circunstancias, pueda aumentar o disminuir en grados la pena señalada por ley.<sup>7</sup>

### III.II. DERECHO COMPARADO.

En el Derecho Comparado tratándose de atenuantes, la tendencia es a morigerar estos criterios rigurosos, es decir, procurar la consagración de fórmulas más flexibles sin abrir las puertas a la arbitrariedad. Así, el *Código español de 1995* describe en su art. 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 art. 11 número 7 del Código chileno, esto es, procurar reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias. Concluye el precepto reconociendo como atenuante “Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”.

Es el sistema que acoge también el *Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica*, cuyo art. 73 contiene una enumeración ampliamente concebida de los puntos de vista a que debe atender el juez para la individualización de la pena, refiriéndose a los aspectos objetivos y subjetivos del hecho punible, la importancia de la lesión o del peligro, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, la calidad de los motivos determinantes, las demás condiciones del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito y la conducta del agente posterior al delito.

En relación a este último, es necesario indicar que, como iniciativa privada, se constituyó en octubre de 1963 en Santiago de Chile la Comisión Redactora de un Código Penal Tipo para Latinoamérica, con secretariado permanente en esa ciudad, y que celebró reuniones plenarias posteriores en México en 1965, en Lima en 1967, en Caracas en 1969, en Bogotá en 1969 y en Sao Paulo en 1971, donde se aprobó la parte general.

---

<sup>7</sup> POLITOFF Sergio, MATUS Jean Pierre, RAMÍREZ María Cecilia, ob. cit. Pág. 503.

Hubo reuniones posteriores en San José en 1972, Medellín en 1973, Santiago en 1975, San Cristóbal (Venezuela) en 1975, Madrid en 1977 y Buenos Aires en 1979.

El texto de este documento, especialmente en su parte general, tuvo considerable influencia en varios códigos de la región, como el Boliviano, el Colombiano de 1980 - en menor medida- y especialmente los centroamericanos (Guatemala, Salvador, Costa Rica, Panamá). La parte especial nunca se completó y, en general, presenta menor interés.

El art. 74 del *Código Penal Venezolano* del año 2005, 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 causal de atenuación “Cualquier otra circunstancia de igual entidad que a juicio del tribunal aminore la gravedad del hecho”.

En el mismo sentido, el art. 64 del *Código Penal Colombiano del año 2000* contempla un total de diez circunstancias atenuantes, y establece en el art. 65 lo siguiente: “Fuera de las circunstancias especificadas en el artículo precedente, deberá tenerse en cuenta cualquiera otra análoga a ellas”.

También el art. 46 del *Código Penal Uruguayo* contempla doce minorantes, y concluye señalando que es, asimismo, causal de atenuación “Cualquier otra circunstancia de igual carácter, o análoga a las anteriores”.

El *Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005*, elaborado por la Comisión Foro Penal, contempla en su art.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*, permitiendo 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”<sup>8</sup>

### III.III. CLASIFICACIÓN.

Para ordenar nuestra exposición en torno a las minorantes de responsabilidad, la clasificación que ofrece Etcheberry<sup>9</sup> es, a mi juicio, la más satisfactoria. En atención 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.*

El art. 11 N°1 establece que son circunstancias atenuantes “Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”. El art. anterior es el que establece la lista de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal. En cuanto al alcance normativo de la palabra *requisitos*, se refiere a la gradualidad y no al número de los requisitos. Por lo tanto, el Art. 11 ° 1° admite a todas las eximentes del art. 10, salvo las explícitamente excluidas (ej, la del art. 10 N°8). Además, es necesario que concorra el requisito fundamental, por ejemplo, en la legítima defensa, es necesaria la agresión ilegítima. Sin esta condición, no puede tenerse jurídicamente una eximente incompleta, aunque concurren las demás condiciones que la conforman.

#### b) *Atenuantes fundadas en los móviles del agente.*

Cuatro atenuantes del art. 11 tienen su fundamento en los móviles que hayan impulsado al delincuente, las de los números 3, 4 y 5, tomadas del Código Español, y llamadas genéricamente “atenuantes pasionales”, y la del N°10, original de nuestro Código, que consiste en “haber obrado por celo de la justicia”.

---

<sup>8</sup> Ibídem, págs. 503-504.

<sup>9</sup> Etcheberry Alfredo, ob. cit., pág. 15 y siguientes.

Estas atenuantes se refieren al móvil que induce al sujeto a cometer el injusto. El legislador disminuye la pena atendiendo a la naturaleza del móvil con que actuó el sujeto. Estas circunstancias no son excluyentes unas de otras, siempre que obedezcan a hechos distintos. Por ejemplo, no existe inconveniente para que el delincuente actúe en vindicación de una ofensa próxima, y, al mismo tiempo, por estímulos poderosos.

*c) Atenuantes relativas a la personalidad del sujeto.*

Aquí se menciona la conducta del procesado, anterior a la comisión del delito. Lo último es muy importante, porque diferencia al número 6º del Art. 11, con el 7º, 8º y 9º de dicho artículo, pues estos últimos corresponden a la conducta del sujeto después de cometer el delito. Con arreglo al artículo 11 Nº 6 del C.P., se concede una atenuación de la pena “si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable”.

Esta disposición, que fue tomada del Código Penal de Austria, pues no la contenían los españoles de 1848 y 1850, ha sido objeto de mucha controversia, tanto por la naturaleza de su fundamento, como por la forma y frecuencia con que se le trata en la práctica.

*d) Atenuantes que se fundan en la conducta del autor posterior al delito.*

Por lo general, y salvo los casos excepcionales de extinción de responsabilidad penal fundamentados en el arrepentimiento o la delación, la conducta del delincuente posterior al delito no hace desaparecer su responsabilidad penal. Pero hay casos en que ella la aminora. El art. 11 contempla tres circunstancias, todas ellas inspiradas en el mismo art. 39 del Código Austriaco, y son las de los números 7, 8 y 9 del art. 11.

#### IV. ATENUANTE DEL ARTÍCULO 11 NUMERO 9 DEL CÓDIGO PENAL, Y SU EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.

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. Para Cury<sup>10</sup> estas atenuantes de responsabilidad básicamente se fundan en consideraciones utilitarias: la ley otorga un tratamiento más benévolo al autor, con el objeto de estimularlo, aún después de perpetrado el hecho punible, a paliar sus consecuencias o a facilitar la tarea de hacer justicia. Plantea que, tras ella yace asimismo, aunque de manera secundaria, la idea de que quien se comporta en esta forma expresa un cierto arrepentimiento –cuya demostración, por cierto, no se exige en la ley- o, cuando menos, algún propósito de colaborar con el derecho, del cual se sigue un indicio de que la ejecución del acto típico no fue un producto enteramente libre de su voluntad. Esto último las emparentaría también con los casos de exigibilidad disminuida. Aún 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.

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<sup>11</sup>, que “la lei exige (sic) que ambas concurren copulativamente, para que haya la atenuación que se busca”, constituye un error. No hay nada que permita esa conclusión. Ambos preceptos se incluyen en numerales separados dentro del art. 11. En el texto original ocurría lo propio, según se puede inferir de lo tratado en la Sesión 8<sup>a</sup> 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 de 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

---

<sup>10</sup> CURY Urzúa Enrique, ob. cit., pág. 492 y siguientes.

<sup>11</sup> Vid. Código Penal Comentado, pág. 116.

fuga u ocultándose, se ha denunciado i confesado el delito”.<sup>12</sup>Queda claro, de lo antes dicho, que nos encontramos frente a circunstancias distintas.

#### IV.I. LA ATENUANTE HASTA ANTES DE LA LEY N°19.806.

El texto actual del artículo 11 número 9 del Código Penal es fruto de la modificación que introdujo la ley 19.806, publicada en el Diario Oficial 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.

Estimo ineludible, sin embargo, tratar, aunque sea de manera somera, el contenido y alcance de la circunstancia atenuante en su concepción anterior a la reforma. Esto puede resultar útil al proceso que se desarrolla actualmente en el ámbito forense y académico, dado que el elemento histórico de interpretación de la ley no puede ser olvidado.

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 originario del Código. En el segundo texto, la expresión “reo” cambió por la de “procesado”.

La historia fidedigna del establecimiento de la ley revela 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 fueron idénticos a los que en definitiva aprobó.

---

<sup>12</sup> 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., Pág. 466.

En el Acta de la 8ª 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 esta 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 art. 39 del Código austriaco en estos términos: “Si del proceso no resulta otra *prueba* contra el delincuente que su espontánea confesión” (Cursiva nuestra). En la Sesión 122, fue aceptado el texto de la atenuante en comento, 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 art. 11 se cambió la palabra “prueba” por “antecedente”, 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.

Cabe advertir que los miembros de la Comisión Redactora no tuvieron a la vista directamente el texto del Código Austriaco, sino las citas del mismo hechas en su obra por Pacheco, y que corresponde al Código Austriaco de 1803, que era el vigente a la época en que Pacheco publicó la primera edición de su obra (1848 y 1849). Aunque no estaba tomada literalmente de dicho cuerpo legal, la circunstancia 9ª de nuestro artículo 11 aparecía inspirada en el art. 39 del mismo, tal como es citado por Pacheco.

Refiriéndose a la atenuante en comento, señala Del Río 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.<sup>13</sup> 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 aquel. (Art. 509 del Código de Procedimiento Penal a la época en que escribía Del Río).

Para Gustavo Labatut “La atenuante del N° 9 se coloca en el supuesto de que la justicia, aún en conocimiento del delito, ignore quién es el delincuente. La ley condicionan 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”.<sup>14</sup> Nótese que el planteamiento del desaparecido profesor concuerda con el criterio expresado por los comisionados, según lo visto 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...”.<sup>15</sup> Anota que la exigencia es de tal envergadura que, de existir un indicio o antecedente que permita arrancar un cargo, aún cuando no tuvieran valor legal en si mismo, sería improcedente esta atenuante. Afirma su aseveración en la historia de la ley (Sesión 168), puesto que la Comisión Redactora cambió la expresión “prueba”, que originalmente había empleado, por “antecedente”.

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

---

<sup>13</sup> Del Río Raimundo, Derecho Penal, Segundo Tomo. Editorial Nacimiento. 1935. Pág. 215.

<sup>14</sup> Labatut Gustavo, Derecho Penal, Tomo I. Págs. 315 y 316.

<sup>15</sup> Novoa Monreal Eduardo, ob. cit. Pág. 15.

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<sup>16</sup>.

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 quién 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”.<sup>17</sup>

La Corte de Apelaciones 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.<sup>18</sup>

Anota el mismo autor: “Dada la estructura de nuestro procedimiento penal, la atenuante juega en relación a la participación de 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.”<sup>19</sup>

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.).

---

<sup>16</sup> Así también en Politoff, Sergio y Ortiz Quiroga, Luis. Texto y comentarios del Código Penal Chileno. Tomo I. Parte General. Edijur. 2002. Con la coordinación de Jean Pierre Matus. Pág. 184.

<sup>17</sup> González Parada, Gustavo y González Parada, Gastón. De las circunstancias atenuantes y agravantes. Editorial Sanver. Concepción. Sin año de edición. Pág. 189.

<sup>18</sup> Etcheberry Alfredo, El Derecho Penal en la Jurisprudencia (DPJ). Tomo II. Samuel Muñoz Vera Editor. Concepción. Sin año de impresión. Pág. 223.

<sup>19</sup> Etcheberry Alfredo, Derecho Penal. Tomo II. Edijur. Tercera edición actualizada. 1997. Pág. 27.

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”.<sup>20</sup>

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, más o menos solemne, de su participación en el hecho delictivo que se le imputa.<sup>21</sup>

En el sistema inquisitivo quien confiesa ahorra todo el trabajo al tribunal, sin importar mucho el contexto en que la confesión se produzca. Es cierto que el Código de Procedimiento Penal de 1907 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 identificaba 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 Apelaciones 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.<sup>22</sup>

Nuestros tribunales también fueron reiterativos, en orden a entender que la atenuante se configuraba sólo si la confesión se prestaba en determinado momento dentro

---

<sup>20</sup> Cury Enrique, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Edijur. 1988. Pág. 126.

<sup>21</sup> Jorquera, René y Herrera, Paola. Curso de Derecho Procesal Penal Chileno. Ediciones Jurídicas La Ley. 1993. Pág. 489.

<sup>22</sup> Etcheberry Alfredo, DPJ, Tomo II. Pág. 223.



de la investigación. Algunas sentencias exageraron este punto, exigiendo que la confesión ocurriera antes de que se iniciaran las indagaciones judiciales.<sup>23</sup>

Se exigía, asimismo, que la confesión fuese prestada en las primeras comparecencias. La Corte Suprema estimó que la atenuante no concurría si el reo negó el delito en su primera declaración y sólo lo confesó en un careo posterior.<sup>24</sup> La misma Corte declaró que no procedía la atenuante si el reo confesó luego de ser aprehendido por la Policía y la amplió a raíz de los cargos de su acusador.<sup>25</sup>

Por último, y como se ha dicho, no había disidencia en cuanto a entender que, para que operara la atenuante, la confesión había de ser la única prueba que obrara 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, independiente de que se hubiese encontrado establecido o no el cuerpo del delito.

#### IV.II. LA ATENUANTE LUEGO DE LA MODIFICACIÓN DE LA LEY N° 19.806.

Como anticipaba, el texto en vigor de la atenuante del artículo 11 número 9 del Código Penal, 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 sistema procesal penal, que actualmente nos rige, 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

---

<sup>23</sup> Ídem.

<sup>24</sup> Ibídem, Pág. 222.

<sup>25</sup> Ibídem, Pág. 223.

inquisitivo...subyace la idea de que el poder de la autoridad y la seguridad de la comunidad tienen 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 más al servicio de la autoridad política”.<sup>26</sup>

La Reforma Procesal Penal ha perseguido hacer realidad garantías constitucionales que, hasta su entrada en vigencia, no eran más que letra muerta en nuestra Carta Constitucional. Aun cuando no tendremos una auténtica justicia criminal mientras no exista una Corte Contenciosa Criminal, a la cual se pueda recurrir por infracción a las garantías constitucionales en un procedimiento breve y contradictorio, hay que reconocer el significativo avance que existe entre la situación imperante bajo las reglas del Código de Procedimiento Penal de 1907, y el Código Procesal Penal del año 2000. Nos encontramos frente a un proceso penal concebido como un instrumento de garantía para el ciudadano, no como de persecución y castigo de los “delincuentes”. En efecto, las construcciones dogmáticas que en materia de garantías constitucionales podían hacerse a la luz del Código de Procedimiento Penal demostraban escasa aplicación. Aún cuando la Constitución Política aseguraba a todo imputado el derecho de defensa, en la práctica esto no era más que una declaración de buenas intenciones.<sup>27</sup> No debemos olvidar que 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.

Recordemos que la redacción actual que presenta la atenuante de responsabilidad del artículo 11 N° 9 del Código Penal, surgió con la dictación de la Ley 19.806 (publicada en el Diario Oficial con fecha 31 de Mayo de 2002), a fin de hacerla concordante con la aplicación del nuevo sistema procesal penal, sistema contrapuesto, el antiguo “inquisitivo”, y el de nuestros días, eminentemente “acusatorio”.

Si comparamos la redacción de la atenuante de responsabilidad antes de la modificación, ésta expresaba: “Artículo 11: Son circunstancias Atenuantes:...

---

<sup>26</sup> Camps Zeller José Luis. La defensa penal del imputado, Lexis Nexis. 2003. Pág. 20.

<sup>27</sup> Así, Camps Zeller. Ob. Cit. Pág. 11.

9° Si del proceso no resulta otra prueba en contra del procesado, sino su espontánea confesión”.<sup>28</sup>

La redacción actual, que nos indica: “Artículo 11: Son circunstancias Atenuantes:.. 9° Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos”, es evidentemente distinta, tanto en su redacción, como su sentido ontológico, no siendo una mera modificación semántica, ya que uno de los objetivos centrales de la Ley 19.806, adecuadora de la ley 19.696<sup>29</sup>, tenía como objeto contextualizar y sistematizar los principios legales en el orden procesal penal, como el principio de guardar silencio, principio de no auto incriminarse, y el principio de que nadie puede ser condenado con el solo mérito de su propia declaración, y el fundamental principio de inocencia.

En su establecimiento se siguió muy de cerca la redacción del Código Penal Austriaco de 1974<sup>30</sup>, como se da cuenta en los Registros de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamentos del Senado, sobre la tramitación de la Ley 19.806, luego de que se escuchara al Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Chile, don Antonio Bascuñán Rodríguez.

El Ministerio Público, en relación a la atenuante y la discusión en su aplicación, sostuvo que debía beneficiar a aquel cuyo aporte de antecedentes contribuyera a la investigación, de manera determinante al esclarecimiento de los hechos.

La Comisión le agregó temporalidad a la atenuante, señalándose que ésta podía tener lugar en “cualquier etapa del procedimiento” siempre que sea significativo, pues de otro modo no se justificaría la menor necesidad de pena, expresada en su determinación atenuada.

---

<sup>28</sup> Este articulado en su numeral 9° había sufrido un retoque cosmético jurídico, al cambiar la palabra “reo” por “procesado”, debido a la ley modificatoria anterior.

<sup>29</sup> Ley que establece el Código Procesal Penal.

<sup>30</sup> La disposición pertinente del Código Penal Austriaco de 1974 (parágr. 34, apartado 1°, N° 17), establece que: “Constituye una causa especial de atenuación el que el autor haya manifestado arrepentimiento, confesando el hecho, o que, con su declaración, haya contribuido esencialmente a establecer la verdad”.

Se echa de menos en la discusión de la Ley antes referida, el alcance y precisión de los vocablos “colaboración”, “sustancial” y “esclarecimiento de los hechos”, por lo que la interpretación literal y judicial dará a la política criminal la mayor o menor laxitud en la aplicación de ésta.

Concordante con lo anterior, debemos recordar que el nuevo Código Procesal Penal 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 atenuante en estudio: me refiero al derecho del imputado a guardar silencio. Claro y categórico ejemplo del distanciamiento del sistema inquisitivo anterior, pues de haber sido ejercido, habría aparejado, probablemente, la molestia del inquisidor de turno y el encierro para el sospechoso, al menos a título de detención.<sup>31</sup>

Reconocido de manera indudable el derecho a guardar silencio, se refuerza con una concepción absolutamente distinta a la declaración del imputado, la que de ser prestada, es concebida como un medio de defensa, según lo establece el artículo 98 del mismo código.

No es posible desconocer que 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, hemos pasado a uno en el que éste adquiere rango de derecho y su ejercicio no acarrea ningún tipo de apremio. El Senado destacó que el derecho consiste en guardar silencio, no sólo en no ser obligado a prestar declaración.<sup>32</sup>

Este punto es de gran relevancia práctica, por cuanto 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

---

<sup>31</sup> Acerca el reconocimiento de este derecho en Chile, antes del CPP, vid. Horvitz, María Inés y López, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. 2002-2004. Págs. 82 y 83. Siguen en este punto a A. Binder.

<sup>32</sup> Vid. Pfeffer Emilio, Código Procesal Penal: anotado y concordado. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Pág. 117.

mismo<sup>33</sup>. El criterio anterior ha sido morigerado por la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha señalado que, si bien la culpabilidad de un acusado no puede basarse exclusivamente en inferencias extraídas de su ejercicio del derecho a guardar silencio, el hecho de extraer esas inferencias no significa desconocer el derecho a un proceso equitativo ni la presunción de inocencia.<sup>34</sup>

En mi opinión, en materia de garantías, debemos navegar en el mar de lo absoluto, no hay lugar a relatividades. Así, se ha dicho: “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”<sup>35</sup>. 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.<sup>36</sup>

Todo lo antes dicho a veces resulta paradójico, incluso entre letrados. En efecto, fruto del sistema procesal penal en el que vivimos durante tantos años, muchas veces 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 declarar”.<sup>37</sup> Permitir que un tribunal “extraiga conclusiones inculpativas del derecho a guardar silencio constituye obviamente, una forma indirecta de compeler a una persona a declarar, lo que está en directa contradicción con

---

<sup>33</sup> Así en Horvitz y López, Ob. Cit. Págs. 83 y 84.

<sup>34</sup> *Ibidem*. Pág. 85.

<sup>35</sup> Horvitz y López, Ob. Cit. Pág. 85.

<sup>36</sup> Ob. Cit. Pág. 84.

<sup>37</sup> *Ídem*.

el principio de no autoincriminación, que persigue precisamente evitar toda forma de coacción para hacerlo” (Loc. Cit.)

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

Por el poco tiempo transcurrido desde su entrada en vigor, la aminorante no ha sido todavía objeto de un análisis muy profundo, apareciendo aún difusa la determinación de su exacto contenido y alcance. Sin embargo, analizaré las opiniones doctrinales que han surgido, y principalmente el criterio de los jueces a la hora de conceder o no esta causal de atenuación.

Manteniendo el criterio tradicional, en orden a que tanto la circunstancia del número 8 como la que estudiamos, constituyen casos de colaboración con el esclarecimiento de los hechos, basada en criterios político criminales, Politoff, Matus y Ramírez, estiman que la nueva redacción permite una apreciación más 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.)<sup>38</sup> Señalan que, queda de este modo, reducida a una cuestión menor la exigencia detallada de requisitos que antes se hacían valer para aceptar la circunstancia 8ª, pues a falta de ellos, siempre que se haya colaborado sustancialmente en el esclarecimiento de los hechos, correspondería aplicar la atenuante del número 9, la colaboración sustancial.

---

<sup>38</sup> Politoff Sergio, Matus Jean Pierre y Ramírez María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. segunda edición. Editorial Jurídica de Chile. 2008. Pág. 512.

Cury<sup>39</sup>, por su parte, señala que su fundamento es de un carácter político criminal más acentuado todavía que en las otras dos atenuantes referentes a la conducta posterior del delincuente. E indica que, aun así, no le es del todo extraño cierto carácter indiciario de una exigibilidad disminuida. Con su “colaboración al esclarecimiento de los hechos”, el autor evidenciaría una personalidad a la que la ejecución del hecho punible es en algún modo ajena.

Complementa lo anterior, señalando que la colaboración del sujeto puede estar dirigida tanto al “esclarecimiento” del hecho punible propiamente tal, como a la intervención que en él ha tenido el individuo u otras personas cuya participación en el delito era ignorada hasta ese momento. Cury indica que, aún cuando el texto legal habla de colaborar con la *justicia*, la contribución podría efectuarse no sólo ante el tribunal, sino también ante otras autoridades encargadas de la investigación (en especial el Ministerio Público, pero también la policía, etc.). Aunque en estos últimos casos, la colaboración debería ratificarse ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

En cuanto a la entidad, Cury advierte que la colaboración ha de ser *sustancial*, esto es, no limitarse a proporcionar detalles intrascendentes sino constituir un aporte efectivo y serio al éxito de la investigación, pero, a diferencia de lo que requieren algunas disposiciones especiales como las del art. 33 de la Ley 19.366 y de la Ley 19.172, sobre lo que se denomina “arrepentimiento eficaz”, no exigiría que la colaboración se traduzca efectivamente en detalles concretos.

Por otro lado, El Ministerio Público, a través de su instructivo N° 392<sup>40</sup>, señala que, si se compara el tenor literal de la nueva atenuante con el de la antigua, se constata, en primer lugar, que se ha ampliado considerablemente su campo de aplicación en un doble sentido: por una parte, porque la contribución del imputado a la investigación ya no queda circunscrita a su pura confesión (sin excluirla tampoco), sino que abarca

---

<sup>39</sup> Cury Urzúa Enrique, Derecho Penal, Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, Págs. 496 y 497.

<sup>40</sup> De fecha 06 de Agosto de 2002, para los Fiscales Regionales y Adjuntos, dirigido por el Fiscal Nacional de la época, don Guillermo Piedrabuena Richard.

también cualquier otra información relevante que pueda proporcionar, siempre que represente efectivamente un aporte sustancial al esclarecimiento del delito que se investiga, información que puede estar referida a la intervención de otras personas en el mismo hecho<sup>41</sup> y a los datos necesarios para lograr su captura, o a terceros que sin tener la calidad de partícipes se hayan beneficiado de alguna manera con el delito (por ejemplo, los reducidos) o tengan simplemente en su poder el objeto material del delito, sin conciencia del origen ilícito del mismo. Por la otra, porque, en el caso de la confesión, se ha eliminado la exigencia de que sea el *único* antecedente que obre en el proceso contra el imputado, pues en tal evento la nueva ley procesal no permite pronunciar condena alguna (art. 340, inc. 3º, del CPP).

*a) Relación entre la confesión y la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos.*

En lo que respecta a la *confesión*, se ha estimado por algunos que ella estaría completamente excluida como prueba en el nuevo CPP, interpretación que a juicio del ex Fiscal Nacional no es correcta, puesto que la única limitación que existe al respecto es que no puede condenarse a alguien sobre la sola base de su propia confesión. Su apreciación se funda en razones de naturaleza tanto sustantiva como procesal: sustantiva, por cuanto se dejó subsistente la atenuante del N° 11, N° 8, del Código Penal, que también toma en consideración la confesión del imputado para los efectos de atenuar la pena, y procesal, porque una serie de preceptos del Código Procesal Penal admiten la posibilidad de que el imputado declare “cuanto estime conveniente” (fundamentalmente los arts. 194, 232 y 338), sin excluir en modo alguno el reconocimiento que éste pueda hacer de los hechos que se le atribuyen. No obsta a esta conclusión el derecho que le otorga al imputado el art. 98, de usar tal declaración como un *medio de defensa*, porque esta última posibilidad siempre quedará comprendida dentro de aquello que él estime conveniente, sin que sea lícito, en todo caso, dar valor probatorio a tales declaraciones solamente en cuanto lo favorezcan, pero no en lo que lo perjudiquen, puesto que tal declaración constituye una

---

<sup>41</sup> Con esto, la atenuante se ha convertido en una especie de mezcla de confesión y testimonio, con la particularidad, en este último caso, de tratarse del testimonio de un coimputado, figura que por lo demás ya existía en nuestra legislación bajo la forma de la *cooperación eficaz*.



unidad y, por lo tanto, no es divisible. Así lo han entendido también algunos tribunales<sup>42</sup>. Tampoco impide la admisibilidad de la confesión como medio de prueba el derecho del imputado a guardar silencio y a no autoinculparse, puesto que se trata de derechos renunciables, de modo que no entrañan una *obligación* a actuar en esa forma. Lo único que se persigue con tales garantías es asegurar que, en el caso de que el imputado opte por confesar su delito, lo haga en forma absolutamente libre y voluntaria.

Cree el Ministerio Público que avala su interpretación de que la confesión no está excluida como prueba en el CPP, la expresa referencia a la necesidad de adoptar una “*fórmula más general*”, hecha por el académico consultado por la Comisión del Senado en cuyo seno se debatió la modificación en estudio, expresión que no puede entenderse sino como *ampliar* la atenuante, extendiéndola a otros supuestos y eliminando la exigencia de constituir un antecedente único en el proceso.

Este ha sido el criterio aplicado por la Corte de Apelaciones de Santiago, que confirmando una sentencia consultada, causa Rol 6395/2007, dictada en Noviembre del año 2007, señala que: “...en la especie, la sentencia definitiva se apoya únicamente en la declaración indagatoria de Vicente Ramón Guzmán Orellana, consignada a fojas 40, la que fue tenida por la Jueza a quo por “*confesión judicial*, por reunir los requisitos previstos en el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal... Que, por lo tanto, la contribución de Guzmán Orellana al esclarecimiento de los hechos es valiosa, desde el momento que la sentencia definitiva accede a su *confesión*, prueba que –como ya se dijo–, constituye la única fuente de la acreditación de su responsabilidad en los hechos que configuran el ilícito por el que viene sancionado... que en consecuencia, se reconoce al condenado atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal”.<sup>43</sup>

Vemos que se concede esta atenuante precisamente en atención a la confesión del inculcado, pues prescindiendo de ésta mal podía acreditarse su responsabilidad en el

---

<sup>42</sup> Por ejemplo, en el auto de apertura de juicio oral, dictado por el juez de garantía de Villarrica con fecha 18 de junio de año 2002.

<sup>43</sup> [http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA\\_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAOAABbK2AAD&consulta=100&causa=6395/2007&numcua=141963&secre=CRIMINAL](http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAOAABbK2AAD&consulta=100&causa=6395/2007&numcua=141963&secre=CRIMINAL)

ilícito. Este mismo criterio, de asimilar la confesión a la colaboración sustancial, ha sido respaldado en diversos fallos, entre ellos, merece destacarse el dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago, que conociendo de un recurso de apelación, indica que: "...la referida *confesión* del procesado importa una colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos, en lo que a su participación y responsabilidad se refiere, puesto que, de no haber mediado tal reconocimiento, los antecedentes que obran en el proceso son del todo insuficientes para establecer la intervención que se le atribuye..."<sup>44</sup>

A mayor abundamiento, el Ministerio Público señala que, en lo que concierne a la ampliación de la atenuante a otros hechos que no impliquen confesión, su nueva formulación presenta similitud con la atenuante específica de cooperación eficaz prevista en la legislación que reprime el narcotráfico y las conductas terroristas (art. 33 de la Ley 19.366 y 4º de la Ley 18.314, respectivamente), pues tanto la primera como las segundas se inspiran en el mismo criterio utilitarista de renunciar parcialmente a la aplicación de la pena prevista para el delito, a cambio de la entrega de informaciones que ayuden al descubrimiento de los delitos<sup>45</sup>. Frente a tales atenuantes específicas, la nueva fórmula del art. 11, N° 9, presentaría la novedad de ser de aplicación general, esto es, aplicable a cualquier clase de delitos<sup>46</sup>.

*b) Análisis de los vocablos "colaboración", "sustancial" y "esclarecimiento de los hechos".*

Creo necesario destacar que se echa de menos en la discusión del establecimiento de esta atenuante, el alcance y precisión de los vocablos "colaboración", "sustancial" y qué se entiende por "esclarecimiento de los hechos", por lo que la interpretación literal y judicial dará a la política criminal la mayor o menor laxitud en la aplicación de esta minorante.

---

<sup>44</sup> Gaceta Jurídica N° 278. Agosto 2003. Págs. 211-212. En el mismo sentido, véase también G.J N° 276, Junio de 2003, pág. 183, y G.J. N°290, de Agosto de 2004, pág. 206.

<sup>45</sup> En esto el legislador chileno no ha hecho otra cosa que seguir las tendencias del moderno Derecho penal, como lo demuestran las figuras del *Kronzeuge* (testigo de la corona) en el Derecho alemán, y de los *pentiti* (arrepentidos) en el Derecho italiano, amén de sus equivalentes en el Derecho anglosajón (la del *King's evidence*, en el Reino Unido, y del *State's witness*, en Estados Unidos), introducidas en leyes extraordinarias a raíz de la gran alarma pública causada principalmente por el terrorismo de la década del 70.

<sup>46</sup> En el mismo sentido, ver oficio N° 334 de fecha 11 de julio de 2002, páginas 4 y 5, que comenta las modificaciones de la ley 19.806 a la ley 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en materia de cooperación eficaz.

Es en este sentido que, la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo un recurso de nulidad, en fallo de Agosto del año 2009, indica que: "...En efecto, el diccionario de la Real Academia Española enseña que la expresión "*colaborar*" significa ayudar con otros al logro de algún fin, mientras que la voz "*sustancial*" se dice de lo esencial y más importante de una cosa. Por último, el vocablo "*esclarecer*" se refiere a iluminar, poner clara y luciente una cosa, iluminar, ilustrar el entendimiento, poner en claro, dilucidar un asunto o doctrina. Por lo tanto, colaborar sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, es contribuir, ayudar de manera relevante a obtener la aclaración de los *hechos materia de la causa*, lo que no significa que con dicha cooperación la investigación deba quedar agotada, sino que la colaboración prestada sea un medio, una forma relevante para dilucidar los diversos hechos materia de la investigación, que lleve a la determinación de los mismos y a hacer efectiva las responsabilidades por los actos punibles cometidos".<sup>47</sup>

Este mismo criterio sostuvo la Corte de Apelaciones de Santiago en el año 2007, en momentos que conociendo de una consulta, señaló que: "...resulta indispensable revisar el significado atribuido por la Real Academia de la Lengua Española al término "*colaborar*", a saber, "contribuir" (ayudar con otros al logro de algún fin). Además, dicha colaboración debe ser "*sustancial*", es decir, "sustanciosa", palabra cuyo significado reza: "que tiene valor o estimación". De manera que la circunstancia atenuante sólo se configurará cuando el acusado haya contribuido con antecedentes valiosos, siempre en la perspectiva del esclarecimiento de los hechos".<sup>48</sup>

Nuestra Corte Suprema, conociendo de un recurso de nulidad, amplía aún más qué debemos entender por colaboración sustancial, e indica que: "... la colaboración debe ser *sustancial*, vale decir, no ha de limitarse a proporcionar detalles intrascendentes, sino constituir un aporte efectivo y serio al éxito de las averiguaciones, aunque no es preciso que se traduzca verdaderamente en resultados concretos."<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Gaceta Jurídica N°350, agosto 2009. Págs. 216-220.

<sup>48</sup> Gaceta Jurídica N° 329. Noviembre de 2007. Págs. 198-199.

<sup>49</sup> Revista Derecho y Jurisprudencia N°1. Enero-Junio año 2006. Págs. 323-329.

Debo señalar que, aún 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 materia de la causa, es decir, debe tratarse de un aporte del imputado relacionado con lo más importante o esencial al proceso que se encuentra en curso. La exigencia de colaborar sustancialmente “al esclarecimiento de los hechos” debería entenderse –prima facie- en función de lo señalado en el art. 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 (*notitia 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.

Sin embargo, esto no significa de modo alguno que la colaboración que se preste por el inculpado no pueda tener relación con otros elementos, que no formen parte del tipo penal que se investiga. Por ejemplo, nada obsta que la colaboración que preste el imputado, mediante su declaración, sirva para acreditar una agravante de responsabilidad, v.gr. que se actuó con alevosía. Obviamente, poniéndonos en el caso que ésta no forme parte del tipo penal.

*c) En cuanto a la oportunidad para establecer si concurre la colaboración sustancial como atenuante de responsabilidad.*

Lo señalado en el punto anterior, no implica que circunscribamos la aplicación de la atenuante sólo a la etapa de la investigación. Nada obsta, a mi entender y en contra de lo resuelto por algunos tribunales, que pudiera también establecerse a partir de lo obrado en el juicio.

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un recurso de nulidad por delito de robo con intimidación, resolvió: “...que, en efecto, renunciando a su derecho a guardar silencio –medio de defensa que el nuevo orden procesal penal reconoce a un imputado- éste confesó *en el juicio* (cursiva nuestra) su participación en el

ilícito, precisó los términos de su participación, indicó quienes eran sus co-partícipes en el delito; cómo intimidó a la víctima, todo ello en una declaración circunstanciada que esta Corte estima colaborativa para que el órgano persecutor, ante el Tribunal Oral, y éste, esclarecieran los hechos y pudieran en mérito de ellos determinar la responsabilidad que le cupo en el delito en vista a su condena”.<sup>50</sup> Vemos que se concede esta atenuante precisamente por la declaración del imputado durante el juicio oral, ya agotada la investigación del Ministerio Público.

Así ocurrirá también, 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 encauzar el desarrollo del juzgamiento en la línea correcta, a raíz de lo cual, en definitiva, el tribunal adquiere convicción sobre quiénes y en qué grados participaron en el delito, podría perfectamente acogerse la atenuante. Claramente, en este evento se ha colaborado de manera sustancial al esclarecimiento de los hechos. Lo mismo, *mutatis mutandis*, 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 existiere claridad sobre quién es el ejecutor material del delito y éste decide reconocerlo *en el juicio*, a raíz de lo cual se determinan, con exactitud, las conductas desplegadas por cada uno de los concurrentes al hecho. En este caso se habría 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 adhiera a la tesis de la incomunicabilidad del vínculo).

#### IV.III. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA COLABORACIÓN SUSTANCIAL.

El rumbo 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.<sup>51</sup> Veremos a

---

<sup>50</sup> Gaceta Jurídica N°350. Agosto de 2009. Pág. 218

<sup>51</sup> 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. Año 2008. Librotecnia, de la cual he recogido los fallos de Tribunales Orales que se citan.

continuación un conjunto de fallos, que vienen a complementar a los ya citados en esta tesina, que han acogido o denegado esta atenuante.

1) *¿Qué se ha entendido por “colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos”?*

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 en comento por entender que en el caso concreto no existe una colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, en los términos exigidos por la ley. En el caso el imputado, al llegar Carabineros a su domicilio, se individualiza voluntariamente y hace entrega de un arma que se encontraba en su poder. Luego acompañó también de modo voluntario a los oficiales aprehensores a la unidad policial, y una vez allí, renunciando a su derecho a guardar silencio, presta declaración y reconoce su participación en los hechos. Cabe señalar que hasta ese momento no existía respecto del imputado orden de detención ni tampoco orden de incautación de especies.

El Tribunal Oral señala que en este caso se hace necesario dilucidar si tales actuaciones corresponden a una colaboración sustancial, y para esto 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 éstos 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 que Carabineros tuvo con el acusado...” Continúa precisando que, a ese momento, “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, elementos ambos que no obstante ser importantes factores de investigación, no son constitutivos de su esencia, puesto que acreditado lo principal, su aprehensión no era más que una cuestión de tiempo y la recuperación del arma dependía también de ello.”

Podemos constatar en el fallo en análisis 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, en virtud de 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. Este criterio lo sigue también el Tribunal Oral de Curicó, en causa RIT 20-2003, que rechaza la atenuante alegada “al existir otros medios probatorios que necesariamente permitieron al ente acusador realizar esta investigación”.

Finalmente, es necesario destacar que, al menos implícitamente, el fallo niega también efecto atenuatorio de responsabilidad a la renuncia del derecho a guardar silencio, señalando que “...es una actuación a la que no está obligado, desde que tiene derecho a guardar silencio durante todo el procedimiento...”. Este criterio lo explicitó el Tribunal Oral de Talca en causa RIT 15-2003, en que se hace cargo expresamente del problema, señalando: “Que, sin embargo, no beneficia a HHVP la otra atenuante impetrada por la defensa, la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, por cuanto estimamos insuficiente en ese sentido el mero hecho de renunciar a guardar silencio”.

Queda aún más claro este punto, en vista de lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago, que en Febrero de 2010, conociendo de un recurso de nulidad en causa por robo con violencia, señala que: “Para que concurra la circunstancia atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, se exige que el imputado haya “colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos... Como lo ha resuelto la Corte Suprema, tal minorante procede únicamente en el evento de que la contribución del inculcado haya sido decisiva para la clarificación del suceso, *sin que baste al efecto su mera confesión* (cursiva nuestra), especialmente si los imputados fueron sorprendidos en delito flagrante, como en la especie. De estimarse que la ley se conforma para configurar la atenuante con la confesión del imputado, habría sido suficiente que el texto legal así lo señalara expresamente, lo que el legislador no hizo.”<sup>52</sup>

*2) En cuanto a la relación entre colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, y la confesión.*

---

<sup>52</sup> Gaceta Jurídica N° 356. Febrero de 2010. Pág. 140.

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 imputado. 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 modo certero, 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 estén cabalmente demostrados a la hora de la intervención del acusado.”

Aún cuando creo correcto este criterio interpretativo, reitero que, a mi 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 contribuyere a precisarlo la declaración que presta el acusado, la atenuante debiera ser concedida. Con mayor razón si la conducta del imputado es la que, en definitiva, permite establecer la *notitia criminis* y la participación. Ya analizamos este punto a propósito de qué debía entenderse por colaboración sustancial al esclarecimiento “de los hechos”, en el apartado b) del capítulo anterior.

*3) En cuanto a la oportunidad en que se produce la actuación del imputado, en procura de la atenuante.*

Asimismo, se han hecho cargo los tribunales 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, en la que admitió los hechos y su responsabilidad, aparece como extemporánea”. Este criterio por sí solo no es suficiente, a mi juicio, para descartar la concesión de la atenuante, conforme a lo antes dicho. La ley no establece requisitos de temporalidad, por tanto, no cabe al intérprete, en este caso el juez, exigir determinado momento dónde se pueda prestar la colaboración. Creo que la exigencia va más bien en el sentido que la colaboración debe ser oportuna o apropiada, en términos de referir antecedentes nuevos o desconocidos para la investigación o avance del juicio, y no se referiría a un momento determinado en que habría de prestarse esta colaboración durante el desarrollo mismo del juicio oral. (Loc. Cit.)



En síntesis, los tribunales han rechazado la atenuante por estimar insuficiente al efecto la sola renuncia del derecho a guardar silencio de parte del imputado. En otros casos, analizan si las actuaciones posteriores al hecho ilícito de parte del acusado, pueden o no estimarse como colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, entendiendo en varios casos la exigencia de modo análogo a como se interpretaba cuando no había en contra del reo otro antecedente que su espontánea confesión, pues invocan los antecedentes que precedieron a la confesión del imputado a efectos de desechar la atenuante, ya que señalan v.gr. que el hecho delictivo y la persona del autor ya se habían establecido. Por otro lado, 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 creo suficiente. No existe obstáculo, a mi entender, que la colaboración eficaz se pueda prestar no sólo durante la investigación, así podrá ocurrir de ordinario, pero nada obsta a que se produzca durante el desarrollo mismo del juicio si se reúne el requisito de ser sustancial, esto es, si contribuye de manera importante al esclarecimiento de los hechos.

*4) ¿La atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos debe ser alegada por el inculpado?*

Lo que claramente ha sido un planteamiento uniforme de la jurisprudencia es que esta atenuante *debe ser alegada durante el juicio*. Así discurre la Corte Suprema, que conociendo de un recurso de casación en el fondo, señala que: “Para rechazar la concurrencia de la atenuante del N°9 del artículo 11 del Código Penal...basta tener en consideración que la defensa del encausado nunca la alegó, ni al contestar la acusación, ni al deducir apelación contra el fallo de primer grado; además, los jueces del fondo no dieron por establecidos en modo alguno los supuestos fácticos de la atenuante, siendo inadmisibles la pretensión de que se la acoja.”<sup>53</sup>

*5) En cuanto a la eficacia de la colaboración que se presta por el acusado.*

De los fallos que acogen la atenuante, destaco el dictado en causa RIT 676-2001 por el Juzgado de Garantía de Loncoche, en un procedimiento abreviado. Este fallo se hace cargo de la eficacia de la colaboración en la que se desea fundar la concesión de la

---

<sup>53</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo CI, N° 2, Julio-Diciembre de 2004. Sección Cuarta. Págs- 61-64.

atenuante. 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 la no autoincriminación, lo que evidencia subjetivamente una colaboración de contribuir con 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 u aporte de otros antecedentes probatorios, necesariamente calificados, la persecución penal habría sido imposible o altamente dificultosa." Se hace cargo el fallo luego 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 de la investigación 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 juez sentenciador señalando que: "Los antecedentes investigativos y la prueba de cargo no eran 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 este fallo advertimos que se identifica "colaboración sustancial" y "confesión", como elemento determinante en el establecimiento del delito y la participación. Si se aprecia bien, el juzgador razona sobre la siguiente base: si suprimida hipotéticamente la confesión, el proceso investigativo y juicio posterior, no hubiese llegado a un desenlace condenatorio, aquella representa una colaboración sustancial. Esto es completamente análogo a lo que ocurría bajo la vigencia del antiguo texto legal. Recordemos que, a la época, si suprimida hipotéticamente la confesión no resultaba acreditada la participación, era posible 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 más allá que su espontánea confesión.

*6) Relación de la atenuante de “colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos” con el Procedimiento Abreviado.*

Por la importancia del procedimiento abreviado, y su vasta aplicación por parte de los Jueces de Garantía, es que la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo un recurso de apelación en el año 2005, ha explicitado que: “...el hecho de aceptar el procedimiento abreviado por parte del imputado, es decir, no controvertir los hechos de la acusación y aceptar los antecedentes de la investigación no deviene automáticamente en el nacimiento de la atenuante indicada. De ser así, se podría producir una consecuencia peligrosa para toda la estructura del sistema, cual es que todo procedimiento abreviado traería consigo una modificación de responsabilidad penal, obligando al Ministerio Público a desarrollar una actividad argumentativa frente a una verdadera presunción, que el legislador no ha previsto”.<sup>54</sup>

*7) ¿En qué otros casos se ha dado lugar a esta atenuante de responsabilidad penal?. Algunos casos prácticos.*

Se reconoce también la minorante en la sentencia dictada en causa RIT 51-2003 del Tribunal Oral de Linares, donde señalan 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 funcionarios de la Policía de Investigaciones, renunciando así a su derecho a guardar silencio, con lo cual permitió “un rápido y eficaz esclarecimiento del hecho, según refirieron los testigos... y, además colaboró voluntaria y activamente en las pruebas caligráficas para que el perito... evacuara su informe, asunto que fue referido por este perito, quién también señaló en forma enfática que es imposible realizar esta clase de pruebas sin la colaboración de quien se la está haciendo.”

En el mismo sentido discurre el Tribunal Oral de Iquique, en causa RIT 22-2003, cuando concede esta atenuante a favor del acusado, pues “resulta cierto que producida la detención del acusado por funcionarios de Carabineros éste reconoció ante ellos que la droga que portaba la había adquirido para ser comercializada, y lo mismo señaló ante el Fiscal cuando prestó declaración, renunciando a su derecho a guardar silencio y a ser

---

<sup>54</sup> Gaceta Jurídica N° 303. Septiembre de 2005. Pág. 190.

asistido por un abogado defensor, en forma voluntaria, manifestándolo por último en este Tribunal durante el juicio oral.”

Se concede también esta atenuante en causa RIT 14-2005, del Primer Tribunal de Juicio Oral de Santiago, al autor de robo con intimidación, sobre la base que el agente, desde su detención mostró una actitud de cooperación, al no oponer resistencia y dejar que lo fotografiasen, no sólo su cuerpo sino también las huellas de sus zapatos, y que en la respectiva audiencia prestó declaración aclarando cómo sucedieron los hechos en forma veraz y coherente. El Ministerio Público recurre de nulidad contra el fallo, y la Corte Suprema, rechazándolo, señala que: “...la actitud del enjuiciado...es una de las maneras de colaborar sustancialmente en el esclarecimiento de los hechos pesquisados, toda vez que ella corroboró no sólo los elementos de comprobación del hecho punible, sino que también permitió determinar la persona del delincuente sin que fueran indispensables las restantes probanzas reunidas para la demostración de esa participación culpable.”<sup>55</sup>

#### V. LA ATENUANTE DEL ARTÍCULO 11 N°9 Y LA COOPERACIÓN EFICAZ.

Antes de finalizar, debo hacer algunas consideraciones respecto de dos institutos que se encuentran establecidos en leyes especiales: me refiero al arrepentimiento y a la cooperación eficaz, y estas consideraciones las haré porque ambos poseen íntima relación con la atenuante del artículo 11 número 9 del Código Penal.

Con fecha 4 de noviembre de 1992 fue publicada en el Diario Oficial la ley N° 19.792, a la cual se asignó la denominación de “Ley sobre arrepentimiento eficaz”. Señala Etcheberry que resulta poco acertada la denominación, porque el instituto conocido como “arrepentimiento eficaz” es propio del delito frustrado.<sup>56</sup>

Es una legislación temporal, inspirada en propósitos de Política Criminal. Fijó para su vigencia un lapso de cuatro años a partir de su publicación, ya que dentro de ese

---

<sup>55</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo CIII. N° 1. Enero-Junio de 2006. Sección Cuarta. Págs. 323-329.

<sup>56</sup> Vid. Etcheberry Alfredo, Derecho Penal. Tomo II. Pág. 66.

lapso debían tener lugar los actos de arrepentimiento para poder invocar los beneficios que otorgaba la ley. Éstos consistían en la extinción de la responsabilidad penal, o al menos su atenuación, para quienes entregaran o revelaran a la autoridad antecedentes eficaces a la persecución, o evitar la comisión de algunos de los delitos sancionados en la ley N° 18.314 sobre Conductas Terroristas. Por el tiempo transcurrido resulta difícil la ocurrencia de actos que pudieran configurar los beneficios reconocidos por este cuerpo legal, y por lo mismo, no entraré en un análisis detallado de sus disposiciones.

Por el contrario, dada la ordinaria ocurrencia de las conductas en ella sancionadas, sí debo referirme, aunque sea someramente, a la cooperación eficaz que recoge la ley N° 20.000, sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

Reza el artículo 22 de este 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.”*

De lo anterior se desprende que dos son las hipótesis en las cuales la entrega de información por parte de una persona, puede llegar a ser calificada por los fiscales del Ministerio Público como una *cooperación eficaz*. En efecto, según el texto legal, la cooperación eficaz consiste en el suministro de datos o informaciones *precisos, verídicos y comprobables*, que contribuyan necesariamente:

a) Primera hipótesis: Al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables.

La expresión “esclarecimiento de los hechos investigados” tiene un alcance procesal y se refiere a la determinación de la existencia del hecho punible mismo. A su turno, la identificación de los responsables debe recaer sobre determinados sujetos enunciados por la norma: autores, cómplices o encubridores del mismo delito investigado.

b) Segunda hipótesis: Sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en la Ley de Drogas.

En esta hipótesis, se tratará de un hecho delictual diferente al investigado por el fiscal, distinto de aquel al que se encuentra avocado, pero también constitutivo de alguno de los ilícitos previstos en la misma ley.

Por tanto, si se reúnen los requisitos legales para calificar a una información o dato como *eficaz*, por aplicación del principio de objetividad establecido en el artículo 3º de la Ley Orgánica del Ministerio Público, los fiscales se encuentran en la obligación de hacer dicha calificación e invocar la eficacia de la cooperación prestada y, por tanto, considerar como concurrente una causal atenuante al momento de solicitar la pena a imponer en la respectiva acusación.

Agrega el inciso segundo de la citada 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.*

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

Finaliza la disposición, señalando en sus incisos 4º, 5º y 6º que: *El Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso primero.*

*Si con ocasión de la investigación de otro hecho constitutivo de delito, el fiscal correspondiente necesita tomar conocimiento de los antecedentes proporcionados por el cooperador eficaz, deberá solicitarlos fundadamente. El fiscal requirente, para los efectos de efectuar la diligencia, deberá realizarla en presencia del fiscal ante quien se prestó la cooperación, debiendo este último previamente calificar su conveniencia. El superior*

*jerárquico común dirimirá cualquier dificultad que surja con ocasión de dicha petición y de su cumplimiento.*

*La reducción de pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurran; o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales.”*

Según se desprende de la redacción del artículo 22, un dato es “*preciso*” cuando éste es *exacto, cierto* o *determinado* (segunda acepción, Diccionario de la Real Academia Española). A su vez, una información es “*verídica*” cuando dice la verdad; y es “*comprobable*” cuando el hecho que contiene el dato o información se puede contrastar, es decir, puede ser sometido a un examen de su veracidad o falsedad.

De esta forma, una información o dato es *eficaz* en el sentido del artículo 22 de la Ley de Drogas cuando pone al fiscal en conocimiento de un hecho que sirve para la averiguación del mismo delito investigado, sus autores, cómplices o encubridores, o cuando sirve para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en la Ley de Drogas, siempre que dicha información sea *determinada, verdadera y verificable* o *contrastable*.

Así, la cooperación es eficaz cuando por ella se entregan informaciones o datos con los cuales el Ministerio Público pasa a tener la posibilidad real, evaluada en concreto, de asegurar la persecución penal del delito investigado y/o de obtener otros responsables de ese mismo delito; o de prevenir la perpetración o de impedir la consumación de otro delito de la Ley de Drogas, de igual o mayor gravedad que aquel en el que se encuentra investigado originalmente el cooperador.

Se ha resuelto que la atenuante requiere la entrega de información de tal envergadura que, merced a ella, se pueda descubrir a los partícipes o establecer el hecho delictual. Se ha sostenido que los antecedentes entregados por el inculpado 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 configurar la atenuante 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.<sup>57 58</sup>

Estimo que la cooperación eficaz es una atenuante especial que desplaza, precisamente por su especialidad, a la del artículo 11 número 9 del Código Penal. Creo necesario precisar que la cooperación eficaz es una forma específica y privilegiada de colaboración con la autoridad y que por tanto, tiene un tratamiento especial y diferenciado de las restantes atenuantes genéricas.

Luego, la concurrencia de la cooperación eficaz resulta incompatible con la del 11 N° 9 del Código Penal, cuando se base en los mismos antecedentes, ya que existe entre ellas una relación de especialidad que se resuelve por el principio de consunción, en la que el artículo 22 absorbe a la norma supletoria que es la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal.

Sin embargo, hay que tener presente que en la práctica podrán darse casos en los que se cumplan los requisitos de la atenuante genérica porque el imputado ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, pero no obstante, no se den el resto de los requisitos que exige el inciso primero del artículo 22, debiendo aplicarse en este caso, sólo la atenuante del N° 9 del artículo 11. Esta es una situación que deberá ser analizada y ponderada en cada caso particular.

En síntesis, la aplicación de la atenuante del artículo 11 N° 9 no cubre los supuestos previstos en el artículo 22 de la Ley de Drogas, lo que justifica el tratamiento específico y privilegiado de esta última, siendo por tanto, ambas circunstancias modificatorias excluyentes entre sí contando con los mismos antecedentes.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Así en Politoff, Matus y Ramírez. Ob. Cit. Parte Especial. Pág. 611.

<sup>58</sup> Véase fallos completos al respecto en: [http://www.djp.cl/jurisprudencia\\_det.asp?id=18](http://www.djp.cl/jurisprudencia_det.asp?id=18) ; <http://www.djp.cl/jurisprudencia/21887668.pdf> ; <http://www.djp.cl/jurisprudencia/21919728.pdf>

<sup>59</sup> Cfr. Oficio Fiscal Nacional del Ministerio Público N° 334, de 11.06.2002.



## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Es posible apreciar las similitudes entre las líneas interpretativas del antiguo precepto del actual artículo 11 número 9 con las seguidas respecto del actual. Como se ha visto, algunos entendieron que el numeral 9 del artículo 11 en su actual concepción, sería de una aplicación más laxa que su antecesor lo que, a mi modo de ver, no ha ocurrido del todo. Por el contrario, el criterio jurisprudencial ha sido en varios casos muy similar al seguido para interpretar la fenecida atenuante de la *confesión espontánea*.<sup>60</sup>

En definitiva, los tribunales han rechazado la atenuante por estimar insuficiente al efecto la sola renuncia del derecho a guardar silencio de parte del imputado. En otros casos, analizan si las actuaciones posteriores al hecho ilícito de parte del acusado, pueden o no estimarse como colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, entendiendo en varios casos la exigencia de modo análogo a como se interpretaba cuando no había en contra del reo otro antecedente que su espontánea confesión, pues invocan los antecedentes que precedieron a la confesión del imputado a efectos de desechar la atenuante, ya que señalan v.gr. que el hecho delictivo y la persona del autor ya se habían establecido.

Por otro lado, un fallo, al menos, aparece rechazando la atenuante cuando ésta se trata de configurar en el juicio oral, demandando una exigencia de oportunidad que, por sí sola, no creo suficiente. No existe obstáculo, a mi entender, que la colaboración eficaz se pueda prestar no sólo durante la investigación, así podrá ocurrir de ordinario, pero nada obsta a que se produzca durante el desarrollo mismo del juicio si se reúne el requisito de ser sustancial, esto es, si contribuye de manera importante al esclarecimiento de los hechos. A mi entender, esta minorante debe ser aplicada indistintamente en aquellos casos en que el imputado o acusado declara libre y espontáneamente, y esta colaboración pueda ser calificada como sustancial al esclarecimiento de los hechos, ya sea que la declaración se preste durante la investigación o en el transcurso del juicio oral.

---

<sup>60</sup> Para más fallos sobre el tema, Véase Cerda San Martín, Rodrigo y Hermosilla Iriarte, Francisco. Código Penal. Jurisprudencia en el nuevo sistema de justicia criminal. Tercera edición actualizada. Año 2008.

El tribunal deberá tener en consideración, estimo, que si el imputado o acusado declaró, ya sea sobre su participación, sobre el hecho ilícito u otras circunstancias relevantes, y con ello rebajó los estándares de prueba a rendir por parte del Ministerio Público, y elevó asimismo el nivel de convicción para aplicar una sentencia condenatoria, que todo esto debe ser considerado a la hora de conceder la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal.

Asimismo, creo que la vida de esta atenuante puede ser fugaz. Así debiera ocurrir si el Anteproyecto de Código Penal para nuestro país, al que se hizo alusión en la presente tesina, se transforma en ley. Espero que ello ocurra, para dar cima a la construcción de un sistema de enjuiciamiento criminal acorde a los nuevos tiempos, donde lo adjetivo sea rápidamente complementado con lo sustantivo.

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 minorante. La quinta circunstancia atenuante, de un 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*”. Se puede apreciar aquí la intención de morigerar el carácter objetivo de la atenuante, con la finalidad de ampliar su campo de aplicación en la práctica de los tribunales. Podemos observar en esta nueva norma una mayor gama de posibilidades de atenuación, y correlativamente, una mayor posibilidad de aplicar efectivamente esta atenuante de responsabilidad.

Como se puede observar, se sigue una orientación político criminal en orden 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<sup>61</sup>, y es a mi entender, lo más deseable y se condice con el espíritu que tuvo el legislador a la hora de modificar el artículo 11 número 9, y darle el texto legal actualmente vigente.

---

<sup>61</sup> Un análisis profundo de las deficiencias de nuestro Derecho Penal en materia de garantías, en Mera Figueroa, Jorge en Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno. Editorial Jurídica Conosur. Año 1998.

Sólo queda avanzar en materia político criminal, y el texto actual de la atenuante no debería significar un retroceso en materia político criminal, lo cual lamentablemente ha ocurrido, desde el momento en que los jueces, en la mayoría de los casos, no han dado una interpretación más laxa al nuevo texto de la atenuante.

## VII. BIBLIOGRAFIA.

- CAMPS ZELLER, JOSÉ LUIS. *La defensa penal del imputado*. Editorial Lexis Nexis. Año 2003.
- CERDA SAN MARTÍN, RODRIGO Y HERMOSILLA IRIARTE, FRANCISCO. *Código Penal. Jurisprudencia en el nuevo sistema de justicia criminal*. Tercera edición actualizada. Librotecnia. Año 2008.
- COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL. *Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno*. Edición Crítica del Centenario. Edeval. Año 1974. Bajo la dirección y estudio preliminar del Profesor don Manuel de Rivacoba y Rivacoba.
- COUSO SALAS, JAIME Y HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR (Directores), con CILLERO BRUÑOL, MIGUEL Y MERA FIGUEROA, JORGE. *Código Penal Comentado*. 1ª Edición. Ediciones Abeledo Perrot. Editorial Legal Publishing Chile. Santiago de Chile. Año 2011.
- CURY URZÚA, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Año 2005.
  - *Derecho Penal, Parte General. Tomo II*. Edijur. Año 1988.
- DEL RÍO, RAIMUNDO, *Derecho Penal, Segundo Tomo*. Editorial Nacimiento. Año 1935.
- ETCHEBERRY, ALFREDO, *Derecho Penal, Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, 1997. Tomo II.
  - *El Derecho Penal en la Jurisprudencia (DPJ). Tomo II*. Samuel Muñoz Vera Editor. Concepción. Sin año de impresión.
- GARRIDO MONTT, MARIO. *Derecho Penal. Volumen I. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Año 2007.
- GONZÁLEZ PARADA, GUSTAVO Y GONZÁLEZ PARADA, GASTÓN. *De las circunstancias atenuantes y agravantes*. Editorial Sanver. Concepción. Sin año de edición.
- HORVITZ, MARÍA INÉS Y LÓPEZ, JULIÁN. *Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. 2002-2004.

- JORQUERA, RENÉ Y HERRERA, PAOLA. *Curso de Derecho Procesal Penal Chileno*. Ediciones Jurídicas La Ley. Año 1993.
- LABATUT, GUSTAVO, *Elementos de Derecho Penal*. Editorial Jurídica. Santiago 1954. Tomo I.
- MERA FIGUEROA, JORGE. *Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno*. Editorial Jurídica Conosur. Año 1998.
- NOVOA EDUARDO, *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, 2005
- PFEFFER, EMILIO. *Código Procesal Penal: anotado y concordado*. Editorial Jurídica de Chile. Año 2006.
- POLITOFF, SERGIO, MATUS, JEAN PIERRE Y RAMÍREZ MARÍA CECILIA, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Editorial Jurídica de Chile. Año 2008.
- POLITOFF, SERGIO Y ORTIZ QUIROGA, LUIS. *Texto y comentarios del Código Penal Chileno. Tomo I. Parte General*. Edijur. Año 2002. Con la coordinación de Jean Pierre Matus.
- VERA, ROBUSTIANO, *Código Penal Comentado*. Imprenta P. Cadot, Santiago, 1883.

Otros:

- *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.
- ASOCIACIÓN NACIONAL DE MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL DE CHILE, *Gaceta Jurídica (G.J.)*. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Años 2000 a 2012.
- EDITORIAL JURIDICA DE CHILE. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (R.D.J.)*. Editorial Jurídica de Chile. Años 2000 a 2012.

Páginas Web:

- <http://www.rae.es>
- <http://www.poderjudicial.cl>
- <http://www.djp.cl>
- <http://jurischile.blogspot.com>