

ALGO MÁS SOBRE LA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DEL ARTÍCULO 11 N^o7 DEL CODIGO PENAL

CARLOS KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER

1. Hace más de veinte años, con motivo de un comentario de jurisprudencia, escrito a propósito de una sentencia de la Excma. Corte Suprema, desarrollamos los principales aspectos de la circunstancia atenuante de responsabilidad penal establecida en el nro. 7 del artículo 11 del Código Penal, específicamente en su primera hipótesis¹.

Transcurrido largo tiempo desde la elaboración de ese comentario y contándose con una importante cantidad de sentencias judiciales dictadas en el intervalo que nos separa del año 1975, en algunas de las cuales se han vertido tesis novedosas y, al mismo tiempo, polémicas, parece conveniente efectuar una suerte de "repaso" acerca de las cuestiones dogmáticas y político-criminales de mayor relevancia para el estudio de la circunstancia mencionada.

2. De partida, es menester señalar que en el Tomo XXXVI, Tercera Epoca, nro. Enero-Junio de 1977, de la Revista de Ciencias Penales, se publicó un interesante comentario escrito por el profesor Eugenio Puga Domínguez (Q.E.P.D.) -querido y recordado maestro- trabajo ése, en el cual sobre la base de examinar la atenuante de que se trata en el delito de tráfico de estupefacientes, se contienen relevantes consideraciones referidas a los lineamientos esenciales de esta materia².

3. Está prácticamente demás resaltar la enorme trascendencia práctica que rodea a la circunstancia atenuante materia de nuestro interés, dada su frecuente invocación en los procesos penales, de los cuales actualmente se halla marginada, tratándose de ciertos delitos, como en los casos de tráfico de estupefacientes y robo con violencia o intimidación en las personas.

En los dos casos citados, el legislador ha "expropiado" lisa y llanamente a un determinado núcleo de posibles infractores de la ley penal, un motivo de disminución de la magnitud de la pena, establecido en el Código Penal de manera amplia y general, sin más restricciones que las que provienen de las propias exigencias que configuran los requisitos que deben acreditarse. No creemos estar equivocados al pensar que estamos frente a claras contravenciones a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, que se revelan como carentes de racional fundamento, desde que tratándose de todo el resto del universo penal, incluyendo delitos de muchísima mayor gravedad, como por ejemplo, el parricidio y el homicidio en todas sus formas, la atenuante en cuestión sigue plenamente vigente y no ha sido afectada por ninguna restricción legislativa. En todo caso, tales "expropiaciones" han dejado de ser una "rara avis" en nuestro sistema penal, ya que también han sido utilizadas para privar, de manera anticipada, a cierto sector de delinquentes, de las medidas alternativas contempladas en la Ley 18.216, las que, hasta donde se sabe, fueron instituidas con carácter de instituciones politicocriminales y penológicas de general aplicación, atendi-

¹ Revista de Ciencias Penales, T.XXXIV, Nro 2, 1975, p. 218 y s.s., comentario de Carlos Kunsemüller.

² Revista de Ciencias Penales, T.XXXVI, Nro 1, 1977, p. 87 y s.s., comentario de Eugenio Puga Domínguez.

das sus evidentes ventajas sobre las penas de encierro, cuyos males son suficientemente conocidos³.

Las recordadas innovaciones legales, que no dudamos en calificar de desafortunadas, al igual que lo ha hecho la unanimidad de nuestra doctrina, representan motivos poderosos que llevan a intentar una exposición remozada sobre el tema, sin perjuicio que algunas decisiones jurisprudenciales de la época reciente, obligan también a nuevos comentarios.

4. De la lectura de las Actas de la Comisión Redactora del Código Penal aparece con nitidez que las circunstancias nros.7,8 y 9 del texto, que se relacionan con la conducta del agente posterior al delito cometido, fueron tomadas del Código Penal Austríaco, utilizado también por nuestros legisladores como fuente de inspiración, sin perjuicio de haber sido la principal el Código Penal Español de 1848, en versión de 1850⁴.

En la Sesión Octava de la Comisión Redactora y a instancias del Comisionado sr. Reyes (Presidente) tuvo lugar la integración a nuestro Código de la atenuante descrita en el nro. 7 del artículo 11, transcribiéndose literalmente la fórmula del artículo 39 austríaco, sin mayores comentarios. Es interesante acotar que el actual Código Penal de Austria señala en su artículo 34, como motivos especiales de disminución de la pena, el hecho que el culpable haya reparado por sí mismo o a través de un tercero el daño causado (Nro.14) y que el culpable se haya esforzado seriamente por resarcir el daño provocado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.(Nro. 15).

Los Códigos hispanos de 1828 y 1848-1850 no contemplaron la circunstancia que nos interesa, si lo hicieron los Códigos posteriores.

El factor esencial, que imprimió a la fórmula española un carácter muy definido, fue la circunstancia de requerir, como elemento esencial, que el sujeto haya actuado por impulsos de arrepentimiento espontáneo. En el Código de 1995, se eliminó la exigencia subjetiva del arrepentimiento, describiéndose a la atenuante en forma totalmente objetiva; artículo 21/5: "La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado o a disminuir sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral". Al respecto, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán señalan que la eliminación de la exigencia referida a los "impulsos de arrepentimiento" despoja a esta circunstancia de un elemento subjetivo que podía tender a exigir el arrepentimiento en sentido moral y que favorecía una interpretación perjudicial para el reo mantenida por la jurisprudencia: pese a que el texto legal sólo exigía actuar antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, se negaba la atenuación si los comportamientos de arrepentimiento se producían tras conocer la apertura de diligencias policiales y ello por entenderse que en tal momento ya no cabía hablar de "espontaneidad" en el sujeto. El criterio actual revela una mayor amplitud, para favorecer en mayor medida la actuación reparadora, "en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral"⁵.

Durante la vigencia del texto antiguo, que exigía el arrepentimiento, numerosos fallos lo interpretaron restrictivamente como un sentimiento íntimo de pesar por el mal cometido, "ha de obedecer a verdaderos móviles de pesar surgidos en su ánimo de modo libre sólo por el dolor que el suceso criminoso despertase en él y no buscando

³ Acerca de la Cárcel, Juan Bustos y otros autores. Cuadernos de Análisis Jurídico. Nro. 24, U. Diego Portales, 1993.

⁴ Actas de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, Edeval, 1975, pág.258.

⁵ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. *Derecho Penal, Parte General*. Tirant lo blanch, Valencia 1966, p. 503 y ss.

el eludir o atenuar la responsabilidad que para su persona habría de acarrearle el hecho"⁶. "Arrepentimiento espontáneo, esto es, a impulsos de su conciencia dolorida y contrita, sin excitaciones del exterior y no por el temor a las responsabilidades que mediante el delito contrajo, sino por propia estimación de la falta cometida"⁷. En otras palabras, la conducta reparadora del agente habría de responder exclusivamente a su sentimiento de pesar por la contemplación del mal causado. Los comentaristas españoles, entre ellos, Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo, Del Toro Marzal y otros, manifestaron sus reparos a ese excesivo rigorismo de la jurisprudencia, planteando que el condicionar la estimación de la atenuante a la existencia de un sentimiento de dolor por la sola contemplación del daño producido, implicaba una exigencia impropia del Derecho Penal, impropia por dos razones: a) Por requerir la existencia de un sentimiento, de un fenómeno de la vida afectiva; y b) Por exigir que el mismo descansara exclusivamente en la consideración del daño realizado. Resulta indudable -señalaban dichos autores- lo inadecuado de la exigencia en sus dos extremos, toda vez que la formación del referido sentimiento dependerá en gran parte de las cualidades personales del agente, cualidades que no tienen por qué influir en el reconocimiento de la atenuante. El arrepentimiento posee una significación distinta, equivale, no a un sentimiento, sino a la voluntad de restaurar el orden perturbado, de manera que, si alguien, pudiendo devolver la totalidad de lo hurtado, restituye sólo una parte, no podría gozar de la causal de atenuación⁸.

Las críticas emanadas de la doctrina, llevaron en definitiva al legislador a suprimir en la nueva redacción toda referencia a la motivación del sujeto que efectúa la reparación, construyéndose ahora en un sentido predominantemente objetivo -político criminal- que la considera aplicable siempre que tenga lugar en los momentos establecidos en el texto legal⁹.

5. El claro tenor literal de nuestro precepto hace ociosa cualquiera discusión en torno a la conducta que se requiere del agente. No es necesaria una reparación total y completa del mal causado por el delito, basta con que el hechor procure, trate, haga lo posible por reparar, mitigar o disminuir las consecuencias lesivas producidas por el hecho. En este punto hay acuerdo en doctrina y jurisprudencia. En sentencia de 1975, la Excm. Corte Suprema, adhiriendo a la buena doctrina, sostuvo que "...tampoco tiene importancia el que ese daño haya sido reparado en su integridad, pues lo que la ley exige es que el reo haya procurado reparar con celo el mal causado sin exigir que la reparación haya abarcado la totalidad de ese mal"¹⁰.

Una interpretación diferente, que el texto legal no autoriza, transformaría a la norma legal en letra muerta en todos aquellos casos en que el perjuicio producido es irreparable, dada la magnitud de la lesión y la imposibilidad material de restablecer el bien jurídico ofendido. Piénsese tan sólo en los delitos consumados contra la vida, en los cuales nunca se ha discutido, como principio general, la procedencia de este factor de atenuación, sin perjuicio, claro está, de la necesaria acreditación suficiente de sus requisitos en el caso concreto¹¹. "Que si bien para que se configure la atenuante del Nro. 7 del artículo 11 del Código Penal, no es necesario que se repare efectivamente el

⁶ Comentarios al Código Penal Español, Editorial Ariel, 1976, pág. 516 y ss.

⁷ Comentarios al Código Penal Español, op. y p. citada.

⁸ Comentarios al Código Penal Español, J. Córdoba Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, pág. 517 y ss.

⁹ Francisco Muñoz Conde - Mercedes García Arán, op. y pág. citadas.

¹⁰ Revista de Ciencias Penales, citada en 1), pág. 218.

¹¹ ibid, pág. 224.

mal causado, cosa imposible en el delito de homicidio, debe por lo menos acreditarse que se ha obrado con celo, procurando mitigar el daño"¹².

Por ello, no resulta coherente excluirlo, como se ha hecho, del ámbito de otros delitos cuya nocividad social es -y nadie podría ponerlo en duda- muy inferior a la destrucción de la vida humana, el bien jurídico por excelencia, del cual derivan todos los demás.

Tratándose de los "delitos de peligro", cuya naturaleza ha fundamentado la supresión de la atenuante que nos ocupa en los delitos contemplados en la Ley 19.366, el más alto Tribunal del país sostuvo, en un proceso por tráfico de estupefacientes, que "La norma del artículo 11, nro 7 del Código Penal no es restrictiva, vale decir, no hace distinción alguna acerca de la naturaleza del delito en que pueda procurarse la reparación, ni de su contexto tampoco se infiere que su aplicación deba reducirse a casos en que obre una lesión a personas particularmente individualizadas. El delito de tráfico de estupefacientes es de aquellos que atentan contra la salubridad pública, esto es, entrañan un peligro colectivo o común, que el legislador castiga precisamente en razón de que afectan a la salud de los habitantes en general, sin atender a si algún bien jurídico individual ha sido concretamente quebrantado por la acción delictiva ... tal peligro es evidente que puede ser susceptible de ser remediado, reparado o al menos aminorado, mediante actos que tiendan a impedir la extensión del mal que el tráfico de estupefacientes engendra"¹³. En su comentario a este fallo, referido a un procesado que consignó dineros para ser destinados a alguna institución de rehabilitación de drogadictos, el profesor Puga Domínguez expuso su convicción de que en los "delitos de peligro general o común", en los cuales el o los destinatarios finales de la acción ilícita no se conoce o conocen, no se tiene o tienen a la vista, no existe impedimento para acoger la atenuante, toda vez que como la incriminación no exige que se cause el daño concreto o lesión, el posible arrepentimiento del hechor o su comportamiento posterior a la acción, tendiente a reparar el daño o impedir sus consecuencias, no puede sino referirse también, del mismo modo general, a que cualquiera dañado por el uso de una droga (aunque no sea el afectado por el tráfico), sea tratado y mejorado, o a contribuir a que la acción de los organismos o de los medios con que se lucha contra los efectos perniciosos de las drogas, cuente con más y mejores recursos para ello. "Este papel es precisamente el que jugará el dinero depositado por el reo, y con ello, no cabe duda que puede afirmarse que ha aminorado la gravedad de su conducta"¹⁴.

6. Son numerosas las sentencias de nuestras Cortes que, bajo el imperio de las leyes 17.934 y 18.403, reconocieron en beneficio de los imputados la circunstancia atenuante del artículo 11 nro. 7 del Código Punitivo, específicamente en su segunda alternativa, de procurar con celo impedir las ulteriores perniciosas consecuencias del delito¹⁵. Recientemente, la Excma. Corte Suprema, en fallo del 3 de noviembre de 1998, acogió, por la vía de la casación en el fondo, la atenuante del nro. 7 del artículo 11 del Código Penal, en un proceso por tráfico de estupefacientes, con el mérito de donaciones de importancia realizadas por el encausado en beneficio del Hogar de Cristo, en diferentes oportunidades, hallándose en prisión preventiva. "La Ley 18.403 no contiene nin-

¹² Gaceta Jurídica Nro. 49, p. 128.

¹³ Revista de Ciencias Penales, op. y página citadas en nota 2.

¹⁴ *ibíd.*, pág. 91 y ss.

¹⁵ Repertorio del Código Penal, p. 37; también *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*, de Alfredo Etcheberry, T. IV, p. 135.

guna restricción a la admisibilidad de la circunstancia atenuante en cuestión, no siendo válido el argumento de ser el delito de tráfico de estupefacientes un ilícito de peligro abstracto, ya que en toda acción delictiva se pone en peligro el bien jurídico protegido por el legislador, el cual, además, puede resultar efectivamente dañado, de modo que esa calificación de peligro abstracto no es del todo apropiada". Este pronunciamiento controvierte una tendencia bastante sostenida del Tribunal Supremo, que se había manifestado contraria a la aceptación de esta atenuante, tratándose de tráfico de estupefacientes, por ser un delito de peligro, antes de la dictación de la Ley 19.366¹⁶.

A nivel de las Cortes de Alzada, también se expresó en repetidas ocasiones, la convicción de que "El artículo 11 nro. 7 del Código Penal no hace distinción alguna acerca de la naturaleza del delito susceptible de reparación, por lo que no cabe interpretar tal disposición en sentido restrictivo, sino con un criterio amplio; conclusión a que también se arriba al examinarse el contexto de la norma, que no reduce su aplicación a situaciones concretas de lesión a personas determinadas.

Que el hecho de haberse insertado en la actual ley nro. 19366, sancionadora del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, una disposición como la del artículo 32 que descarta la procedencia de la señalada minorante en los delitos que ese cuerpo normativo contempla, puede interpretarse fundadamente como un signo indicativo de que bajo el imperio de la ley 18.403, que no consagraba tal limitación, aquel elemento de atenuación de la responsabilidad penal era admisible.

Que, por otra parte, a través del delito de tráfico de estupefacientes se sancionan conductas que entrañan un peligro colectivo, en cuanto atenta gravemente contra la salubridad pública y ese peligro común, que el legislador tiende a prever con la incriminación de las conductas potencialmente lesivas al cuerpo social, puede repararse o mitigarse con actos que tiendan a evitar la extensión del mal que en dichos ilícitos se genera; propósito que bien podría satisfacerse mediante la entrega de fondos destinados al financiamiento de actividades de bien público encaminadas a prevenir o aminsonar las consecuencias perniciosas del consumo ilícito de drogas estupefacientes"¹⁷. Esta sentencia va en la misma línea señalada ya en el año 1977, por la Corte Suprema, en el fallo aludido en el párrafo 5. que antecede.

Las reflexiones de la jurisprudencia, coincidentes con la opinión doctrinaria, en cuanto a la ausencia de razones jurídicas fundadas para negar la procedencia de la atenuante en cuestión en los delitos de peligro, contribuyen a demostrar lo errado del criterio legislativo plasmado en el artículo 32 de la Ley 19.366, regla ésta, cuyo fundamento, de acuerdo al mensaje del Poder Ejecutivo es que "La práctica judicial ha demostrado el abuso que se ha efectuado de la atenuante séptima del artículo 11 del Código Penal, la que muchas veces se ha estimado concurrente en estos delitos de peligro con la sola consignación de ínfimas sumas de dinero destinadas a fines ajenos a la reparación de las consecuencias que pudiera haber ocasionado el delito, beneficiando a los procesados con una rebaja indebida de la sanción prevista en la ley".

A partir de este argumento, debería haberse propuesto la supresión total de la atenuante de nuestra legislación penal, ya que muchas veces se la configura, en caso de delitos de daño, no de peligro, con el depósito de su mas de dinero pequeñas, "ínfimas" en relación a la jerarquía del objeto jurídico de la agresión típica¹⁸.

¹⁶ Repertorio del Código Penal, p. citada.

¹⁷ Gaceta Jurídica nro 194, p. 117.

¹⁸ RDJ, T. 80, 1983, 2a. parte, sec. 4a, p. 51.

7. En el Derecho Comparado, la tendencia es también configurar la circunstancia atenuante a partir del solo esfuerzo o intento por reparar el daño, sin exigir como norma, que el sea íntegro o totalmente reparado. Por ejemplo, en el Código Penal Alemán, que no tiene un catálogo preciso de atenuantes, es un factor relevante para la determinación de la pena, la conducta que observa el culpable con posterioridad al delito, en particular, su esfuerzo por reparar el daño ocasionado, como también el esfuerzo por lograr un acuerdo compensatorio con la víctima; basta el esfuerzo, la preocupación por lograr una situación favorable a los intereses de la víctima.

En el Código Penal Austríaco, además de la reparación total del daño, influye favorablemente en la disminución de la pena, el esfuerzo serio del culpable por atenuarlo.

8. Otro efecto trascendente de la caracterización de la actividad exigida al hechor como "procurar" es que resulte inaceptable exigir equivalencias o proporciones numéricas entre la cuantía de la reparación -cuando ella es evaluable económicamente- y la magnitud del mal causado, como único criterio rector para decidir acerca de la concurrencia de la atenuante que analizamos.

Frecuentemente, como la circunstancia se trata de configurar mediante depósitos o consignaciones de dinero en la cuenta corriente del tribunal, los jueces utilizan un criterio matemático o de proporcionalidad y desestiman la atenuante, por considerar muy exiguo el esfuerzo patrimonial efectuado, en relación con la significación del mal del delito. Como el texto legal no requiere una reparación completa, total o íntegra del daño, es rechazable el recurso a esos criterios matemáticos, desde el momento que lo demandado al sujeto es una actividad esforzada y diligente para tratar de obtener la reparación, no esta en su totalidad o plenitud¹⁹. Al respecto, es útil citar una sentencia de la Excm. Corte Suprema, que en un caso de homicidio, en que el reo efectuó una consignación de dinero exigua, declaró que la ley valora más que nada en estos casos el esfuerzo realizado por el inculpado en orden a reparar el daño y atendidas las circunstancias, "es preciso reconocer que al desprenderse de una suma pequeña en sí el reo ha hecho lo que seguramente con dificultad estaba a su alcance por paliar el grave perjuicio ocasionado con su conducta"²⁰.

En otro fallo, la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, estimó que las consignaciones realizadas por los enjuiciados, mientras se encontraban presos, aunque "exiguas", demuestran su intención de tratar de reparar celosamente el mal causado, especialmente si se considera que uno de los reos reunió el dinero efectuando labores domésticas en el recinto carcelario y el otro es un menor adulto, "lo que hace suponer el celo para reunir la cantidad que se consignó". También se consideró la actitud del reo que propuso se le descontara por planilla mensualmente una parte de su remuneración, para reponer los dineros faltantes en la repartición en que laboraba, descuentos que continuaron haciéndose durante el juicio²¹. La misma Corte de Alzada, en sentencia del 22 de octubre de 1996, estableció que "La ley penal no exige como requisito esencial de esta circunstancia atenuante una proporcionalidad o equivalencia material entre la magnitud del daño y la cuantía del esfuerzo reparatorio, lo que se requiere es una actividad celosa, esforzada y diligente dirigida a una mengua o disminución del mal del delito. Debe parangonarse la conducta desplegada con el celo que la ley

¹⁹ Revista de Ciencias Penales, op. citada en nota 1.

²⁰ RDJ, T. 80, 1983, 2a parte, sec. 4a, p. citada.

²¹ *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*, op. citada, p. 139.

utiliza para calificar o adverbial dicho comportamiento y el celo no está únicamente vinculado con cuestiones cuantitativas". "Los reos incurrieron, al desprenderse de dineros que podrían haber destinado a otros fines, en un esfuerzo que, en su entorno de privación de libertad e impedimento para generar ingresos, aparece como celoso, representativo de preocupación y diligencia. No es irrelevante considerar, además, que el delito quedó en etapa de frustrado, sin que lograra perfeccionarse el apoderamiento de cosa ajena"²².

9. A mayor abundamiento, no es menos importante considerar que la aplicación de los criterios rigurosos de proporcionalidad llevan sin duda a soluciones inequitativas e injustas. En efecto, si el núcleo del asunto se radicara en la equivalencia entre reparación y daño, siempre que aquella fuera total o muy aproximada a ello, debería acogerse la minorante y recahazarla, en cambio, si la cuantía del esfuerzo reparatorio es muy menguada frente a la intensidad de la afectación del bien jurídico lesionado. Por ejemplo, tratándose del hurto o robo de un automóvil último modelo, de alto precio, el hechor deposita dinero que alcanza sólo para compensar el valor de los neumáticos; en un caso de homicidio, el reo preso consigna menos \$ 10.000 o \$15.000, con el fin de atenuar el mal producido. Nada cuesta a un acusado pudiente, de recursos, o que tenga contactos y medios eficaces para conseguir dinero, hacer depósitos y consignaciones por elevados montos equivalentes al total del daño causado o muy cercanos a su magnitud. El criterio de la equivalencia o proporcionalidad obligaría a reconocerle siempre la circunstancia atenuante. En cambio, el procesado pobre, que carece de medios, al que ningún familiar ni amigo visita en su lugar de reclusión, que efectúa depósitos modestos (que algunas veces provienen del mal remunerado trabajo carcelario) y que no logra siquiera acercarse al total del perjuicio, no podría ser beneficiado con una disminución de la pena, aún cuando pueda haber existido de su parte real esfuerzo, verdadero interés²³.

La Corte de Apelaciones de Santiago, frente a la consignación de \$5.000 efectuada por el reo con el fin de reparar con celo el mal causado, acogió la atenuante respectiva, sobre la base que el sujeto realizó el esfuerzo estando privado de libertad y se trata de una persona de precaria situación socio-económica (proceso por delito de hurto)²⁴.

10. En realidad, el concepto empleado por el legislador para calificar o adverbial la conducta de procurar, cual es el celo, es, a nuestro juicio, el que sabiamente interpretado y aplicado puede conducir a soluciones justas, que materialicen la ratio legis, cual es que, por regla general, la preocupación y esfuerzo del culpable por compensar o atenuar el mal causado por el delito haya de conducir a una rebaja de la sanción penal.

Lo que debe parangonarse es la actividad desplegada por el sujeto con el celo que la ley exige como característica de su actuar y ello no tiene por qué estar vinculado únicamente a apreciaciones cuantitativas. "La ley se contenta -precisa Enrique Cury- con la exteriorización efectiva de un propósito serio; no reclama resultados exitosos"²⁵.

La Excma. Corte Suprema sostuvo en un fallo que ya hemos citado, "Que nada impide considerar que, cuando los jueces del fondo afirman que hubo esfuerzo y sacri-

²² Gaceta Jurídica, nro. 195, p. 144.

²³ Revista de Ciencias Penales, op. citada en nota 1.

²⁴ Gaceta Jurídica, nro. 190, p. 110.

²⁵ Derecho Penal, Parte General, T. II, p. 124.

ficio" de parte del reo Angel, estimaron que hubo "celo" al procurar reparar en alguna forma el mal causado, pues el concepto celo, aparece del esfuerzo y sacrificio gastado por el reo y queda comprendido entre algunas de las formas de reparar el mal causado, todo lo cual no se contrapone a la regla de hermenéutica del art. 20 del Código Civil que obliga a entender las palabras en su sentido natural y obvio, "según el uso general de las mismas palabras"²⁶.

"Que si bien es cierto, objetivamente consideradas las sumas que el encausado fue consignando como una manera de reparar el mal causado, son insignificantes, tratándose de valuar su influencia en la configuración de la atenuante de responsabilidad del numeral 7 del artículo 11 del Código Penal deben los jueces trascender dicha mera objetividad para introducirse en la intencionalidad del consignante, y en ese terreno, se hallan con que Marchant se ha encontrado privado de libertad desde ... y, no obstante la conocida y evidente dificultad de obtener ingresos en esas especiales circunstancias, ha dispuesto entre los meses de ... de un total de siete mil pesos (\$7.000) en favor de la víctima del delito que cometió, comportamiento que la Corte califica como intento de reparar celosamente el mal del ilícito..."²⁷.

Consideramos errada la interpretación que le asigna al concepto "celo", el sentido de "impulso íntimo que promueve las buenas obras"²⁸ o de "arrepentimiento completo y sincero"²⁹. El texto legal no requiere ningún móvil o actitud espiritual particular de parte del sujeto que procura reparar el daño, se persigue en este caso un claro propósito de política criminal, "obtener reparación para la víctima y evitar males mayores"³⁰. Hemos recordado a comienzo que en el Código hispano se requería hasta antes de la reforma de 1995, el proceder "por impulsos de arrepentimiento espontáneo", exigencia suprimida en el nuevo Código.

Para nuestra ley no tiene importancia si el culpable está arrepentido o no, si quiere realmente ayudar a la víctima en la disminución de su perjuicio o sólo procurarse un motivo de atenuación de la pena que le corresponda. Lo que es relevante y ha de desprenderse objetivamente de los antecedentes del proceso, es que el individuo trate, haga lo posible, "procure" reparar, mitigar, atenuar, menguar el daño provocado con el delito perpetrado, cualquiera sea la finalidad última perseguida o el propósito íntimo del agente, siempre que actúe con celo, debiendo ser este una característica objetiva de la "diligencia, trámite, gestión o esfuerzo"³¹ desplegado por el agente para reparar el mal ocasionado, aunque sea parcialmente.

Nuestra ley no requiere impulso o motivación subjetiva especial en el individuo para reconocerle la circunstancia atenuante, esta se halla configurada en términos objetivos, con claros fines político-criminales. "Tampoco tienen importancia los motivos que lo han inducido a la reparación, los que pueden ser mezquinos o altruistas, corresponder o no a un real arrepentimiento"³². Suele encontrarse en numerosas sentencias que rechazan la concurrencia de la atenuante en comento, el razonamiento de que el sujeto que efectuó la acción reparatoria, sólo ha pretendido "comprarse" o "fabricarse" un motivo de rebaja de la pena, sin que exista arrepentimiento o real propósito de aminorar el mal causado. "La atenuante en estudio no se compra, no puede

²⁶ Revista de Ciencias Penales, op. citada en nota 11.

²⁷ Gaceta Jurídica Nr. 186, p. 101.

²⁸ El Derecho Penal en la Jurisprudencia, op. citada, p. 132.

²⁹ ibid.

³⁰ Revista de Ciencias Penales, op. citada en nota 1.

³¹ ibid.

³² Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. T. I, p. 193.

constituirla la simple consignación de una cantidad de dinero que no tiende precisamente, a dar satisfacción en la medida de lo posible para el procesado a los ofendidos, sino a otra finalidad, la que interesa al encausado en relación a la penalidad que puede corresponder al delito". "El celo requerido por la causal se entiende con una actitud íntima y espontánea del sujeto que delinque en orden a exteriorizar un arrepentimiento eficaz en la medida que le cumple, tendiente a compensar los efectos dañosos causados con su conducta delictiva".

"Dicho impulso anímico debe encontrarse dirigido en forma indubitada al hecho punible perpetrado no a otra finalidad o pretensión, ya que esa es la única esfera donde puede radicarse, sin perjuicio de la consecuencia legal que en la oportunidad procesal del caso pueda asignarse a ese ánimo positivo y sincero de enmienda del mal ocasionado"³³.

En su comentario al fallo cuyos motivos relevantes se han transcrito precedentemente, el profesor Jaime Vivanco expresó su extrañeza por el estilo empleado, al declarar que "La atenuante en estudio no se compra...", " Pensamos -expresó- que semejante lenguaje no se complace con la serenidad de espíritu que debe revelar el discurso judicial, en la muy elevada tarea de hacer justicia". Al mismo tiempo, hizo presente el comentarista, que para la acertada decisión acerca del celo con que el reo haya obrado, debe recalcar una vez más que las equivalencias o proporciones numéricas entre reparación y daño pierden toda fuerza de argumentación si se tiene únicamente presente que el Código configura la atenuante con la forma verbal "procurar" reparar, de lo cual se desprende que lo pertinente es establecer si la conducta del reo significó siquiera procurar una reparación y no si efectivamente reparó o se aproximó a una reparación completa del mal causado³⁴.

Como acertadamente señala el profesor Alfredo Etcheberry, aún cuando la atenuante parece haberse establecido por razones de política criminal, para estimular en lo posible la reparación del daño sufrido por el ofendido, atrayendo al delincuente con el ofrecimiento de un trato más benigno, hay una fuerte tendencia jurisprudencial de acuerdo con la cual esta atenuante es una recompensa por una íntima actitud de arrepentimiento del hechor, de manera que la reparación efectuada para obtener una atenuante no es aceptable. Una concepción predominantemente ética de la circunstancia, frustra la finalidad perseguida con su establecimiento, ya que tal criterio disuadirá a muchos infractores de efectuar gestiones reparatorias ante la perspectiva de que de todo modos sea rechazada la atenuante por falta de pureza ética³⁵.

11. Se apartan, a nuestro entender, del sentido propio de la circunstancia modificatoria en comento, incorporándole una exigencia supra-legal, aquellos pronunciamientos judiciales que exigen de parte del delincuente "una actitud de arrepentimiento personal, que debe manifestarse de un modo cierto, efectivo, inmediato y oportuno en la ejecución de actos concretos tendientes a eliminar o atenuar los resultados dañosos del delito"³⁶. El único elemento que debe caracterizar la actividad reparatoria -ajeno a requerimientos espirituales, morales o éticos- es el celo, que significa obrar con preocupación, con esfuerzo y sacrificio, desplegando sus mayores posibilidades para reparar el mal, independientemente de la finalidad o propósito real del sujeto, que bien puede

³³ Revista de Ciencias Penales, T. XXIII, nro. 3, 1964, p. 332.

³⁴ *ibid*, ver comentario de Jaime Vivanco, pp. 338 y ss.

³⁵ *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*, op. citada, p. 132.

³⁶ Repertorio del Código Penal, p. 36.

ser la consecución de una rebaja de la pena. La doctrina es categórica en afirmar que el propósito primordial del legislador es alentar y estimular todo aquello que signifique detener, paliar o reparar la lesión del bien jurídico³⁷, "propender a la reparación de la víctima y evitar el desencadenamiento de males mayores"³⁸. Una tal actitud del inculcado, objetivamente exteriorizada y comprobada en el juicio, es premiada con una disminución de su responsabilidad penal, en términos de la cuantía de la pena³⁹.

En nuestro anterior trabajo sobre el tema, dejamos constancia que "la apreciación del celo con que ha obrado el procesado no puede desvincularse de un sinnúmero de factores o circunstancias importantísimas y que deben orientar el criterio del juzgador. La condición social y económica del reo, su situación de preso o liberto bajo fianza, el desempeño o no de alguna labor en el presidio, el carácter singular o aislado de la actividad reparatoria o su integración a una actitud sostenida a lo largo de un período de tiempo, la oportunidad procesal en que se produce la gestión o trámite del inculcado, son elementos de juicio decisivos que junto con otros que pueden presentarse, deben ser considerados para poder resolver con justicia y equidad, la aceptación o rechazo de la atenuante"⁴⁰. En más de algún fallo hay referencias a algunos de esos factores como fundantes de la resolución acerca de la minorante en estudio⁴¹.

12. A la luz de la regla española actual, los comentaristas también resaltan sus caracteres esencialmente político-criminales, al apuntar que la eliminación de la exigencia referida a los "impulsos de arrepentimiento espontáneo", configura la atenuante en un sentido primordialmente objetivo, despojándola del elemento subjetivo-moral.

Tratándose de circunstancias que operan en momentos posteriores a la consumación del delito, no puede verse en ellas casos de disminución de la culpabilidad personal del agente, sino más bien meras razones político-criminales, por las que se pretende favorecer el comportamiento posterior del responsable que repara los efectos de la infracción⁴².

Sin perjuicio de lo expresado, debe aceptarse como evidente, que si la actividad reparatoria concreta del encausado revela una especial actitud espiritual suya, entonces se tendrá una mayor mérito para acoger la minorante o concederle un efecto atenuatorio mayor (por ejemplo, considerarla como "muy calificada"). El criterio que rechaza la concurrencia del factor de atenuación, estimando que "desnaturaliza, por decirlo así, la esencia de la atenuante y por tanto, la excluye, la existencia de otra finalidad en la mente del sujeto activo, como sería pretender obtener una reducción de su condena", tropieza, sin duda, con una valla difícil de sobreponer, toda vez que, además de los elementos demostrativos de una actividad reparatoria objetiva, deberían allegarse otros, que evidenciaran claramente el íntimo arrepentimiento del reo y la ausencia de toda finalidad meramente utilitaria, como sería la de lograr una atenuación del castigo⁴³.

13. Por último, es menester ocuparse de otra tendencia jurisdiccional, que se manifiesta de vez en cuando y que consiste, en lo esencial, en someter la procedencia de la circunstancia atenuante al cumplimiento de otras exigencias supra-legales, más allá de las que hemos objetado anteriormente.

³⁷ Revista de Ciencias Penales, op. citada en nota 1.

³⁸ *ibid.*

³⁹ - ⁴⁰ Cfr. Revista de Ciencias Penales, op. citada en nota 1, comentario de Carlos Künsemüller.

⁴¹ Gaceta Jurídica nro. 192, p. 115; Gaceta Jurídica Nr. 186, p. 101; Gaceta Jurídica nro. 204, p. 142.

⁴² Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, op. y pág. citadas.

⁴³ Revista de Ciencias Penales, citada en nota 1, comentario de Carlos Künsemüller.

a) Se ha dicho, por ejemplo, que debe rechazarse la atenuante, en razón de que, debiendo ser voluntaria la restitución o reparación, no tiene este carácter, si ha tenido lugar después de haber sido sorprendido el reo o sólo después de estar enjuiciado⁴⁴. Esto tiene que ver con el establecimiento de un requisito adicional, vinculado a la oportunidad en que se lleva a cabo la actividad reparatoria. Al respecto, se indica que nuestra jurisprudencia se inclina a exigir que la reparación o las acciones tendientes a ella (especialmente, consignaciones o pagos de dinero), deban efectuarse inmediatamente, a raíz de la comisión del hecho punible, exigencia que el texto legal no formula, aunque naturalmente es un factor que deberá tomarse en cuenta para la apreciación del celo⁴⁵. La extemporaneidad que pueda caracterizar al esfuerzo reparatorio, no la consideramos per se, por sí misma, un factor intrínsecamente suficiente para rechazar la concurrencia de la atenuante; la oportunidad en que se lleva a cabo el esfuerzo o gestión, es uno más entre los varios elementos de juicio que como orientadores de la apreciación han de ponderarse. Bien podría suceder y acreditarse fehacientemente, que antes de dictarse la acusación fiscal, al reo no le fue posible, pese a la diligencia empleada, reunir dinero para consignar en favor del ofendido y sólo está en posición de hacerlo al contestar el auto motivado de cargos. Tal probable "extemporaneidad", en relación con la fecha de comisión del delito o el inicio del proceso, deberá colacionarse con la globalidad de todos los antecedentes útiles para justipreciar como celoso o no celoso el esfuerzo realizado, en particular, la condiciones y circunstancias personales del imputado. Se consideró concurrente la atenuante en un proceso por delito de giro fraudulento de cheques, por haberse consignado una suma con anterioridad al protesto de uno de los documentos, y otras sumas ocho meses, diecisiete meses y cuarenta y tres meses después del protesto⁴⁶. En otro proceso, la atenuante en cuestión le fue reconocida a los reos que, estando siete meses en prisión preventiva, efectuaron distintos actos de reparación, de modo que el querellante se desistió de su acción por estafa y se declaró indemnizado de todos los perjuicios⁴⁷. Se advierte el largo tiempo transcurrido entre el instante de producción del daño y el de su reparación, que no fue óbice para la aceptación de la minorante.

Pensemos en que la víctima, en circunstancias que se ha cerrado la discusión del juicio plenario, comparezca al tribunal y declare que el reo, en distintas fechas anteriores, procedió a procurar repararle el daño causado, en forma para ella suficiente y esforzada, y manifiesta desistirse de su acción penal y civil. ¿Podría ser bastante el argumento de la falta de oportunidad para fundar un rechazo, si han sido cumplidos los objetivos político-criminales que, según opinión dominante, pertenecen a la atenuante?

Se ha declarado que la consignación de \$2.200, con la finalidad de reparar el mal causado con el delito de robo con violencia, aún efectuada durante el plenario, configura la atenuante del art. 11 nro. 7 del Código Penal, habida consideración de la situación económica y social del procesado⁴⁸.

No olvidemos que la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques ordena sobreseer definitivamente, en cualquier estado del proceso, si se acredita el pago del cheque, los intereses y las costas y este pago es, sin duda, una actividad reparatoria, que muchas veces se declara cumplida en forma total por los querellantes -por razones de

⁴⁴ Repertorio del Código Penal, p. 37.

⁴⁵ *ibíd.*, p. 43.

⁴⁶ *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*, op. citada, pp. 139-140.

⁴⁷ *ibíd.*

⁴⁸ *Gaceta Jurídica* nro. 151, p. 90.



negociación y conveniencia práctica- aún cuando en realidad hayan recibido sólo una indemnización parcial. Este criterio legislativo debiera estimarse como un parámetro útil para la ponderación sobre los elementos indicativos de una acción a través de la cual se ha procurado menguar el daño propio de un delito.

En concepto del catedrático y Ministro del Tribunal Supremo, Mario Garrido Montt, "La reparación se puede hacer en cualquier momento antes de la dictación de la sentencia condenatoria de término; no requiere ser inmediata a la comisión del hecho"⁴⁹.

El tratadista Enrique Cury es de opinión que "Igualmente, carece de importancia el momento en que despliegue la actividad, siempre que sea el oportuno para la obtención de la finalidad perseguida. Por consiguiente, puede hacerlo también aún después de iniciado el procedimiento en su contra"⁵⁰.

b) También nos parece objetable el criterio según el cual, no puede aceptarse la circunstancia de que se trata, si el inculcado no reconoce, sino que niega su participación en el delito respectivo.

"Las consignaciones en dinero efectuadas con el propósito de reparar el mal causado no pueden ser consideradas para configurar la atenuante del artículo 11 nro. 7 del Código Penal, por ser de la esencia de la misma que tal pretensión emane de quien se reconozca autor del daño, y no de quien niegue haberlo causado"⁵¹.

Desconocemos los fundamentos vinculados a la interpretación de la ley que permitirían sostener como perteneciente a la esencia de la atenuante, es decir, a lo que es permanente e invariable en ella, a lo que constituye su ser, la confesión de culpabilidad por parte del imputado.

Nada hay en la historia fidedigna de la norma jurídica contenida en el nro. 7 del artículo 11 del Código Punitivo, que autorice a fijar como su ratio legis la disminución de la cuantía de la pena como beneficio para quien, reconociendo ser sujeto activo culpable, procura reparar con celo el mal causado. Ya hemos recordado al inicio de esta nota, que el texto de la minorante que interesa, junto con el de otras dos, fue transtextualmente del Código Penal Austríaco, reproduciéndose por nuestro legislador una fórmula carente de toda otra exigencia que no sea de aquellas taxativamente establecidas, que no incluyen la de confesión del hechor.

Al parecer, se ha producido una confusión entre la atenuante objeto de nuestro estudio y la consagrada en el artículo 11 nro. 8 del Código, que sí requiere como elemento de su esencia, la confesión del individuo que, teniendo la chance de eludir la acción de la justicia, comparece ante ella. Aquí el legislador exigió claramente el requisito de la confesión, actitud ésta, con la cual el sujeto colabora con la administración de justicia, -que no ha logrado traerlo al juicio- no solamente reconociendo los hechos constitutivos de su intervención punible, sino renunciando, además, a su concreta posibilidad de eludirla, a través de los medios que la ley señala.

En otra sentencia, esta vez de la Iltma. Corte de San Miguel, recaída en un caso en que el enjuiciado negó su responsabilidad penal en el hecho imputado, tal negativa no fue impedimento para aceptar en beneficio del hechor la atenuante del nro. 7 del artículo 11 del Código Penal, sobre la base de consignaciones en dinero, que, no obstante su carácter menguado y parvo, demuestran un ánimo celoso para reparar el mal causado⁵².

⁴⁹ Mario Garrido Montt, op. y p. citada.

⁵⁰ Enrique Cury, op. y p. citada.

⁵¹ Gaceta Jurídica, nro. 202, p. 142.

⁵² Gaceta Jurídica, nro. 61, p. 83.

No es ocioso recordar que, de acuerdo al artículo 448 del Código Procesal Penal, "En la contestación, el reo expondrá con claridad los hechos, las circunstancias y las consideraciones que acrediten su inocencia o atenúen su culpabilidad. Podrá presentar una o más conclusiones con tal que sean compatibles entre sí o con tal que, si fueren incompatibles, las presente subsidiariamente, para el caso que la sentencia deniegue la otra u otras". ¿Qué obstáculo legal podría existir para que un imputado alegue como cuestión principal su inocencia, por falta de participación en el hecho delictivo, por ejemplo, y en subsidio, para el evento que se rechace dicha argumentación, sostenga, subsidiariamente, que procuró con celo la reparación del mal causado por el delito? La práctica judicial es plétora en este tipo de ejemplos forenses, que nunca han generado, hasta donde se tiene conocimiento, una reacción jurisdiccional opositora.

14. Por último, consideramos de alta relevancia citar pronunciamientos judiciales en los cuales se relaciona la circunstancia atenuante que motiva nuestra atención, con el ámbito de los principios fundamentales, limitadores del *ius puniendi*, como por ejemplo, el de proporcionalidad de la pena. Así, en sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, se consagró la doctrina que se expresa a continuación, demostrándose cabal conciencia del papel trascendental que juegan esos principios y de como, a la luz de ellos, es factible contruir interpretaciones dogmáticas y, más que nada, político-criminales, orientadas a claras finalidades de justicia material -"potenciar en este proceso penal los fines propios de la jurisdicción que trasunta"- haciendo abandono del rígido "corsé normativo" que tantas veces lo impide, al entenderse que la ley escrita es "intocable" para el intérprete y lo ata irremediabilmente.

"Si bien la consignación de dos mil pesos, objetivamente considerada, no configuraría la atenuante del Nro. 7 del artículo 11 del Código Penal, el racional ejercicio del "ius puniendi" obliga a ponderar los niveles eventualmente desmesurados que puede alcanzar la sanción privativa de libertad asignada al delito, así como la entidad del ilícito y la extensión del mal producido, todo lo cual autoriza a acoger la minorante descrita en el carácter de calificada, para los efectos del artículo 68 bis del Código Penal"⁵³. (Se hace presente que al momento de efectuar el reo la consignación del dinero, con el fin de reparar el mal causado, se hallaba privado de libertad).

15. La notoria tendencia legislativa a suprimir esta circunstancia atenuante en ciertos delitos específicos, manteniéndola para la generalidad, ha motivado fuertes críticas de la doctrina especializada.

"Hay en el ámbito legislativo nacional un ostensible tendencia a restringir la aplicación de esta atenuante, lo que no parece adecuado. En los últimos años se han dictado leyes dirigidas a descartar la posibilidad de aplicar la atenuante de reparación del mal"⁵⁴.

Las motivaciones de la Ley Nro.19.449, que "expropió" a los culpables del delito de robo con violencia o intimidación en la personas la atenuante de que tratamos, no arrojan ninguna luz sobre alguna sólida consideración dogmática o más bien político-criminal que se hubiera invocado para decidir en la forma ya conocida. En el mensaje respectivo se dijo que:

1. Que el delito de robo es uno de los que ha experimentado mayor crecimiento estadístico y tiene además gran impacto público.

⁵³ Gaceta Jurídica, nro. 208, p. 159.

⁵⁴ Mario Garrido Montt, op. y p. citada.

2.- Que, la mantención de la seguridad ciudadana es un objetivo prioritario del Poder Ejecutivo.

3.- Que la comisión del robo con violencia o intimidación en las personas, especialmente con utilización de armas causa gran alarma pública, dado que muchas veces se ejecutan con violación del hogar de la víctima o se traducen en amenaza para la vida o integridad física de sus moradores, principal bien jurídico que es objeto de protección por nuestro sistema legal.

4.- Que es necesario fortalecer la reacción del Estado ante estos delitos, por lo que se proponen determinadas modificaciones para enfrentar jurídicamente los problemas que ellos plantean.

5.- Que, mediante la incorporación del artículo 450 bis, se propone la eliminación de la atenuante del nro. 7 del artículo 11 del Código Penal, para quienes roban con violencia o intimidación en las personas, el incremento de los casos en que se comete este delito justifica plenamente que ésta no sea considerada como causa atenuatoria de la responsabilidad penal.

Como puede verse, la razón específica para eliminar la atenuante en comento es puramente estadística, vinculada al incremento del número de casos en que se comete el delito de robo. Si se trata de asegurar una pena lo más drástica posible (como si la existente ya no lo fuera, superior a la del homicidio simple) para esta categoría de delincuentes, ¿por qué no se aumentaron directamente las penas? ¿o se suprimieron las atenuantes de los nros. 6, 8 y 9 del Código? ¿o todas ellas?

De las estadísticas a secas no pueden surgir las proposiciones político-criminales, como creyó Ferri, sino que a la inversa, son aquellas hipótesis y finalidades las que deben orientar a la estadística. (Enrique Bacigalupo⁵⁵).

El principio de proporcionalidad es considerado hoy día un límite fundamental al *ius puniendi*, como consecuencia del Estado democrático de Derecho. Se lo considera un complemento del principio de culpabilidad, desde que la sanción debe ser proporcional al hecho concreto cometido y a la culpabilidad del autor.

La doctrina tiene la convicción de que no hay pena más efectiva que la justa y proporcional y que la pena desorbitada puede llegar a ser criminógena.

En nuestra legislación criminal, el postulado en comento no representa un principio general y son varios los casos -muy conocidos, por demás- de sanciones desproporcionadas frente a la lesividad del hecho delictivo, que aparecen incoherentes si se las relaciona con la mayor gravedad de otros hechos que sin embargo reciben penas menores. Los ejemplos paradigmáticos se hallan precisamente en el capítulo de los Delitos contra la Propiedad, hurto y robo.

La exigencia de prohibición de exceso, se ve sin duda afectada por el mecanismo indirecto de suprimir para ciertos y determinados hechos punibles algún factor legal de atenuación del rigor penal, construyéndose así, una gravedad abstracta -asignada por la mayor penalidad amenazada- que no corresponde a la real y propia lesividad del hecho delictivo.

⁵⁵ Enrique Bacigalupo. *Descriminalización y Prevención, Justicia Penal, Poder Judicial*. España, N° Especial, II.