

OFICIO N° 244-2023

**INFORME DE PROYECTO DE LEY QUE
“MODIFICA EL CÓDIGO PENAL, SOBRE
CONSIDERACIÓN DE LA
CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE
IRREPROCHABLE CONDUCTA
ANTERIOR”.**

Antecedente: Boletín N° 15.974-07.

Santiago, 13 de septiembre de 2023.

Por Oficio N°246/SEC/23, de fecha 31 de mayo de 2023, el Presidente del H. Senado y su Secretario General, señor Juan Antonio Coloma Correa y señor Raúl Guzmán Uribe, respectivamente, pusieron en conocimiento de la Excelentísima Corte Suprema el proyecto de ley que “Modifica el Código Penal, sobre consideración de la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior”, a fin de recabar el parecer del máximo tribunal en torno a la iniciativa, en cuanto dice relación con la organización y atribuciones de los tribunales de justicia, en conformidad con lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 77 de la Constitución Política de la República y el artículo 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión celebrada el 4 de septiembre del año en curso, presidida por Juan Eduardo Fuentes Belmar y los ministros señores Muñoz G., Brito, señora Muñoz S., señores Valderrama, Dahm, Prado, Silva, Llanos, Carroza, señoras Letelier, Melo, y suplentes señor Muñoz P. y señora Lusic, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación.

AL PRESIDENTE DEL SENADO

SEÑOR JUAN ANTONIO COLOMA CORREA

VALPARAÍSO



“Santiago, trece de septiembre de dos mil veintitrés.

Vistos y teniendo presente:

Primero: El Presidente del H. Senado y su Secretario General, señor Juan Antonio Coloma Correa y señor Raúl Guzmán Uribe, respectivamente, pusieron en conocimiento de la Excma. Corte Suprema, mediante Oficio N°246/SEC/23, de fecha 31 de mayo de 2023, el proyecto de ley que “Modifica el Código Penal, sobre consideración de la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior”, a fin de recabar el parecer del máximo tribunal en torno a la iniciativa, en cuanto dice relación con la organización y atribuciones de los tribunales de justicia, en conformidad con lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 77 de la Constitución Política de la República y el artículo 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Segundo: La iniciativa se inició mediante moción parlamentaria, corresponde al Boletín N°15.974-07, y se encuentra en primer trámite constitucional, sin urgencia en su tramitación.

Tercero: El objetivo del proyecto es fortalecer la persecución penal en nuestro país, evitando que personas extranjeras con antecedentes penales en otros países, pudieran beneficiarse de la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior (Art. 11 N° 6 Código Penal), cuando no pudiese demostrarse el hecho de que no poseen antecedentes penales en su país de origen. En este sentido, el objetivo político criminal que perseguiría la moción se establece en referencia a la opinión de Sergio Soto, fiscal adjunto jefe de Sistema de Análisis Criminal y Focos Investigativos de la Fiscalía Metropolitana, quien advierte las dificultades que estaría enfrentando el Ministerio Público al perseguir criminalmente a extranjeros, en la medida de que cada formalizado que tenga estas características “es tratado como una persona que no tiene antecedentes penales, es decir, tiene una irreprochable conducta anterior”, lo que obstaría a la posibilidad del persecutor de “pedir medidas de cautelares de mayor intensidad [...] ya que no sabemos el historial penal de esta persona, que pudiese tener, por ejemplo, en el extranjero”.¹

¹ Boletín N° 15.974-07. p. 2



Cuarto: El proyecto propone agregar los siguientes dos incisos al actual artículo 11 N° 6 del Código Penal:

“El tribunal no podrá considerar la atenuante del párrafo anterior si la persona hubiere sido condenada anteriormente por algún crimen, simple delito o falta. Asimismo, tampoco podrá considerarla si la persona fue condenada por ley 20.084.

En el caso de personas de nacionalidad extranjera, cualquiera sea su situación migratoria, el tribunal no podrá reconocer la atenuante de irreprochable conducta anterior si no hubiere comprobado que la persona no ha sido condenada por algún delito en su país de origen. Para estos efectos, el tribunal deberá solicitar a la autoridad competente el registro de condenas anteriores del país de origen de la persona imputada.”

Quinto: Lo primero que cabe tener presente, al analizar la modificación propuesta, es el status procesal que tienen las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal y su rol en el proceso penal. Ellas son factores de determinación de la pena, que poseen el potencial de alterar el grado de penalidad aplicable a un ilícito en concreto y, por lo mismo, juegan un rol importante tanto en la etapa de ejecución de las sentencias, como en la etapa de investigación y juzgamiento. Esto último porque, como advierte la opinión citada por el proyecto, su presencia o ausencia puede ser relevante en alguno de los ejercicios de pronóstico de pena probable en concreto que se establecen en nuestra legislación procesal, como sucede, en nuestra práctica jurisprudencial, con la medida cautelar de prisión preventiva.

Sexto: En segundo lugar, cabe tener en cuenta que la redacción de los incisos que propone agregar la iniciativa da lugar a varias consecuencias jurídicas que exceden el objetivo político criminal explícito que cita la moción. Esto ocurre especialmente en el primero de los dos incisos que se proponen, al proscribir la posibilidad de gozar de esta atenuante a las personas condenadas *“por crímenes, simples delitos y faltas”* y para aquellas que posean condenas en virtud de los procedimientos establecidos por la ley N° 20.084.

Al respecto debe tenerse especialmente presente que estas dos consecuencias normativas no dicen relación con el problema que la moción pretende solucionar en la



medida que ellas se aplicarán también, y prioritariamente, a las personas de nacionalidad chilena y, más importante, que, en términos directos, podrían entrar en pugna con algunos acuerdos doctrinarios existentes sobre esta materia en la literatura nacional y que no obstante la prioridad que cabe otorgar en este tipo de escenario a la voluntad legislativa, podrían resultar desproporcionados político criminalmente. *En efecto, fuera de la discusión doctrinal y jurisprudencial en torno a si la irreproachable conducta anterior implica la acreditación de circunstancias puramente negativas (que esa persona no ha cometido actos ilícitos)² o impone, también, la prueba positiva de que esa persona se ha comportado de modo irreproachable en el campo de la moral y las buenas costumbres exigibles a nivel social³; existe cierto acuerdo doctrinal en torno a que si bien la ley no precisa el sentido que debe otorgarse a la expresión “anterior” que emplea la norma, parece especialmente discutible rechazar la atenuante “por un comportamiento vicioso en época juvenil, que luego ha sido completamente enmendado por largos años, o debido a la existencia de una condena anterior por hechos que no conllevan una gran reprobación ética, como ocurre con los delitos culposos y las faltas”.*⁴

Y esto es justamente lo que provocaría la modificación legal, expropiándole al juez que conoce de la causa la posibilidad de determinar caso a caso si esta clase de evento pasado debiese, o no debiese, alterar la intensidad de la respuesta punitiva en los términos de la ley.

Séptimo: En tercer lugar, y sin perjuicio de la plausibilidad de incorporar una cláusula en la atenuante de irreproachable conducta anterior que obligue a quien la solicita a justificarla sobre la base de antecedentes materiales fehacientes (tales como un certificado prontuario extendido por alguna autoridad competente en su anterior país de residencia), la redacción propuesta en la iniciativa podría resultar discriminatoria. En efecto, una cosa es sujetar la aplicabilidad de dicha atenuante a su acreditación fehaciente sobre la base algún estándar, y otro, es discriminar sobre dicha acreditación en función de un parámetro ajeno al hecho delictivo como lo es la nacionalidad. En rigor, si lo que importa es contribuir a tener certeza sobre la conducta que han tenido

² CURY, E. (2005) Derecho Penal Parte General. Editorial de la Universidad Católica. p. 491

³ ETCHEBERRY. A. (1998) Derecho Penal Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. pp. 23 y ss.

⁴ COUSO, J y HERNÁNDEZ, H. (2011) Código Penal Comentado. Tomo I. Abeledo Perrot. p. 298



las personas juzgadas en otros países distintos al nuestro, la nacionalidad debiese ser un factor irrelevante. Lo que importaría, más bien, sería el hecho de que la persona haya permanecido por algún espacio de tiempo en otro país que guarde registro de estas circunstancias y al que pudiera accederse por alguna vía.

De otro lado, profundizar en esta idea, y exigir un mayor grado de certeza en torno a la conducta anterior, fundada no en base a la nacionalidad, sino en base a la residencia o permanencia en un país, podría resultar también conflictivo. Ello, en la medida que podría implicar importantes problemas prácticos, abriendo interrogantes sobre si acaso tendría que averiguarse previamente todos los países en que ha residido cada persona que se enfrenta al sistema penal con el fin de identificar en cuáles de ellos podría haber cometido delitos, o peor aún, si acaso tendrían que, inclusive, oficiar a la Policía de Investigaciones para identificar todas las salidas de un país de un chileno o extranjero para ver en qué países podría poseer registros prontuarios específicos.

Octavo: En cuarto lugar, se puede argumentar que la propuesta podría resultar compleja desde una perspectiva sistémica. En su actual configuración, el sistema procesal penal chileno reformado está basado en un modelo acusatorio y adversarial. Este separa definitivamente la facultad de juzgar de la responsabilidad de probar las condiciones que fundamentan, agravan o modifican las penas. Este es el propósito del artículo 3 del Código Procesal Penal y de los artículos 76 y 83 de la constitución vigente. Por tanto, una reforma que obliga al tribunal a verificar *"que la persona no ha sido condenada por algún delito en su país de origen"* y *"solicitar a la autoridad competente el registro [...]"* podría ser vista como incompatible con el sistema actual, en tanto deposita en el juzgador -tercero imparcial e independiente por definición, de las pretensiones de los intervinientes- el deber de realizar tareas de aportación de prueba, desnaturalizando su rol contralor y de supervisor de la actividad probatoria.

Noveno: Finalmente, al vincular la aplicabilidad de una circunstancia atenuante tan significativa en nuestro sistema a los trámites administrativos de otros estados, la propuesta abre la puerta a riesgos operativos considerables. Algunos de estos riesgos se derivan de las posibles dudas razonables sobre la integridad y la exhaustividad de estos registros en otros países. Otros riesgos emergen de la ausencia de disposiciones legales específicas para situaciones en las que los países solicitados no proporcionen la



información requerida, o lo hagan de una manera que pueda retrasar la tramitación de los casos en nuestro país.

Décimo: En conclusión, la iniciativa busca mejorar la regulación que rige la persecución de los delitos cometidos por extranjeros residentes en Chile, con el fin de que no se beneficie a los extranjeros con la atenuante de irreprochable conducta anterior, sin que previamente se examinen sus registros prontuarios en su país de origen. Adicionalmente, la iniciativa incorpora un primer inciso que hace más exigente la regulación de la irreprochable conducta anterior en nuestro país, haciendo inadmisibles para personas que han sido condenadas por faltas, y por los procedimientos establecidos en la ley N° 20.084. Sin embargo, ambas reformas resultan observables. La primera, desde la perspectiva del principio de no discriminación arbitraria, y la segunda, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.

En este sentido, y a la luz del análisis contenido en los cuatro párrafos iniciales de la Sesión N°164 de la Comisión Redactora del Código Penal chileno, de fecha 2 de julio de 1873, podría ser pertinente discutir la posibilidad de establecer un plazo máximo de vigencia a los efectos de las penas en relación a la atenuante de irreprochable conducta anterior. Del mismo modo, también podría revisarse la exclusión tanto de las faltas como de las condenas por Ley N°20.084 sobre responsabilidad penal adolescente, para efectos de configurar la atenuante. Luego, en lo que atañe al segundo inciso del articulado propuesto, podría resultar más conveniente que la labor de solicitar a la autoridad competente un registro de condenas en el país de origen del imputado recaiga en el Ministerio Público, por recaer en esta última institución la exclusividad de la investigación penal, y así evitar la desnaturalización del rol de los tribunales en el proceso penal. Y, por último, tampoco puede olvidarse que la decisión de reconocer una circunstancia atenuante es una atribución del juez de la causa sobre la base de los hechos que resulten efectivamente acreditados en el proceso.

En resumen, sin perjuicio de la plausibilidad de las intenciones del legislador e, inclusive, de la relevancia del problema, se observa que el proyecto aún requiere un trabajo de desarrollo, perfeccionamiento y discusión.



Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en la norma constitucional citada, se acuerda informar en los términos antes expuestos el referido proyecto de ley.

Acordado una vez desecheda la indicación previa de los ministros señores Fuentes B. y Brito, señora Melo, y suplentes señor Muñoz P. y señora Lusic, en el sentido que las materias contenidas en el proyecto de ley no se encuadran dentro de aquellas referidas en el artículo 77 de la Constitución Política de la República.

Se previene que las ministras señoras Muñoz S. y Melo, y el ministro suplente señor Muñoz P., estuvieron por no incorporar en el informe las observaciones contenidas en el segundo párrafo del motivo décimo.

Asimismo, se previene que el Ministro señor Silva C. no comparte la primera frase del párrafo segundo del motivo décimo, por estimar que la calificación de la atenuante es un análisis subjetivo que recae exclusivamente en el juez de la causa, sin limitación en el tiempo, y estuvo, además, por recalcar que las atenuantes siempre deben ser acreditadas por quien la alega, de manera que la exigencia del inciso 2° no es extraña y debe quedar asentada, pero no sobre la base de la nacionalidad, sino sobre la base de la permanencia a fin de recabar la información que se registre; y eso no es discriminatorio, porque tanto el nacional de Chile como el habitante en el país deberán probar los hechos fundantes de la atenuante.

Oficiese.

PL N°22-2023”

Saluda atentamente a V.S.