

ICP

Instituto de Ciencias Penales - Chile

REVISTA DE CIENCIAS PENALES

Sexta Época

Vol. XLVIII, Número 3 (2023)
ISSN 0719-3149

LUIS EMILIO ROJAS AGUIRRE
Director

XIMENA MARCAZZOLO AWAD
Subdirectora



INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

DIRECTORIO

PRESIDENTA:

LAURA MAYER LUX

VICEPRESIDENTA:

XIMENA MARCAZZOLO AWAD

DIRECTORES:

AGUSTINA ALVARADO URÍZAR

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

JUAN PABLO MAÑALICH RAFFO

MANUEL RODRÍGUEZ VEGA

MARÍA ELENA SANTIBÁÑEZ TORRES

DANIEL VERGARA GALAZ

PAULA VIAL REYNAL

ALEX VAN WEEZEL DE LA CRUZ

SECRETARIO EJECUTIVO Y TESORERO:

RODRIGO GUERRA ESPINOSA

CONTADORA:

NORA BENAVIDES ESCOBAR

SECRETARIA:

ANA MARÍA GUZMÁN ESTAY

REVISTA DE CIENCIAS PENALES

EQUIPO EDITORIAL

DIRECTOR:

LUIS EMILIO ROJAS AGUIRRE

SUBDIRECTORA:

XIMENA MARCAZZOLO AWAD

SECRETARIA DE REDACCIÓN:

ALEJANDRA OLAVE ALBERTINI

CONSEJO EDITORIAL

Claudia Cárdenas Aravena - José Ángel Fernández Cruz -
Luis Varela Ventura - María Soledad Krause Muñoz -
Magdalena Ossandón Widow - Manuel Rodríguez Vega -
Agustina Alvarado Urízar - Héctor Hernández Basualto -
Rocío Sánchez Pérez

COLABORADORES

Pilar Aguayo Silva - Paula Astudillo Nazal - Antonia Biggs Sutil -
Juan Carlos Cárcamo San Martín - Clemente Echeñique Bordalí -
Makarena Faúndez Amigo - Sebastián González Farfán -
Rosario Jiménez Castillo - José Leiva Zúñiga -
Antonio López Van der Schraft - Antonia Martínez Vargas -
Bastián Martínez Valenzuela - Clara Martner Sota -
Patricio Millaqueo Nahuelpán - Cristóbal Montecinos Llantén -
Felipe Morgan Siefer - Cristián Rodríguez Gangale - Antonia Silva Lioi -
Benjamín Sobarzo Bascuñán - Jaime Viveros Garay - Sofía Wilson Coddou

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL	5
DOCTRINA	
“ <i>C’è qualcosa di nuovo nel sole, anzi d’antico</i> ”. Reflexiones sobre la protección penal del medio ambiente en los ordenamientos jurídicos italiano y chileno.....	11
<i>Cecilia Valbonesi</i>	
¡Es la interacción, no una característica específica! Una teoría pluralista de la especificidad del derecho penal.....	71
<i>Javier Wilenmann von Bernath</i>	
JURISPRUDENCIA	
<i>Derecho Penal, Parte General</i>	
El principio de especialidad en procesos de extradición - Corte de Apelaciones de Santiago, 11/01/2023.....	87
<i>Antonio Segovia Arancibia</i>	
Abuso sexual cometido en un centro médico: Sobre los contornos de la circunstancia comisiva de “incapacidad para oponerse” y su relación con el delito de abuso sexual por sorpresa - Corte de Apelaciones de Rancagua 12/01/2023.....	99
<i>Javier Escobar Veas</i>	
Supuesta vulneración del <i>non bis in idem</i> al aplicar la agravante de “cometer el delito de tráfico en un lugar de detención” a un sujeto que está privado de libertad - Corte de Apelaciones de Concepción, 25/08/2023.....	123
<i>Alejandro Leiva López</i>	

ÍNDICE

	Página
Sobre la aplicación de la autoría mediata por aparatos organizados de poder en Chile - Corte Suprema, 11/01/2023	133
<i>Italo Reyes Romero</i>	
El amor filial como fuerza irresistible - Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 7/08/2023	157
<i>Francisco Javier Bedecarratz Scholz</i>	
<i>Derecho Penal, Parte Especial</i>	
Algunas reflexiones en torno al delito de desacato en materia de violencia intrafamiliar - Corte de Apelaciones de Santiago, 2/11/2022.....	169
<i>Catalina de los Ángeles Sierra-Campos</i>	
<i>Derecho Procesal Penal</i>	
Formalismo equivocado e intrascendente como causa de nulidad: un fallo para olvidar - Corte Suprema, 09/03/2023.....	183
<i>Felipe Morgan Siefer</i>	
POLÍTICA CRIMINAL	
El valor del principio de ofensividad en la era posmoderna	195
<i>Gabriele Fornasari</i>	
¿En qué medida la reforma que introduce la nueva ley de delitos económicos automatiza la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas?.....	207
<i>Ximena Marcazzolo Awad - Diva Serra Cruz</i>	
VARIA	
Reseña Homenaje al Dr. José Luis Guzmán Dalbora	245
<i>Carlos Cabezas Cabezas</i>	

EDITORIAL

EDITORIAL

Con un ligero desfase temporal tenemos no obstante el agrado de presentar el número 3 de la Revista de Ciencias Penales correspondiente al año 2023, todavía inserto en la 6^a época de la revista.

En esta ocasión, la sección de *doctrina* se compone de dos trabajos que abordan cuestiones fundamentales, aunque en ámbitos diversos de la discusión jurídico-penal. El primer trabajo incluido lleva el bello título de “*C'è qualcosa di nuovo nel sole, anzi d'antico*”. Reflexiones sobre la protección penal del medio ambiente en los ordenamientos jurídicos italiano y chileno”, de la profesora *Cecilia Valbonesi*, quien además nos ha acompañado en las últimas jornadas chilenas de Derecho penal y ciencias penales con sendas ponencias sobre el tema. Se trata de un estudio comparativo que sigue el interesante camino de partir desde el nivel constitucional para luego bajar al plano de la regulación legal y jurídico-penal de la protección de tal bien jurídico colectivo. El punto de partida se explica porque el trabajo fue elaborado bajo la atenta mirada que la autora brindaba a los dos procesos constituyentes que tuvieron lugar en el tiempo reciente. Mas, en el plano más pedestre de la regulación legal, el trabajo tuvo que afrontar el desafío de hacerse cargo de la advenidera reforma al Código Penal que la Ley N° 21.595, sobre delitos económicos, terminó por introducir, con la inserción de una serie de nuevos tipos penales concebidos explícitamente para la protección del medio ambiente, reforma cuyo origen, a su vez, coincide probablemente con el desencadenamiento de los procesos constituyentes. De manera muy cuidadosa, y con un estilo propio de los juristas cultivados en la tierra de *Dante*, la profesora *Valbonesi* emprende una crítica de la “novela” desde la doble perspectiva de su legitimación material y formal. El otro trabajo fundamental es del profesor *Javier Wilenmann* y lleva como título la exclamación “¡Es la interacción, no una característica distintiva! Una teoría pluralista de la especificidad del Derecho Penal”, con una interpelación abierta a la academia por la forma tradicional de abordar lo *propio* de esta rama del

Derecho. De alguna, el autor se aparta de una visión esencialista, metafísica podría decirse, del carácter distintivo del Derecho penal y propone, en cambio, poner atención en los efectos resultantes de la aplicación de estas normas que se traducen en marcar simbólicamente lo que se estima incorrecto, en el “retorno político” que trae consigo y en la puesta en movimiento de un pesado aparato burocrático, entre otros, características distintivas que se reúnen bajo una teoría “pluralista dinámica”.

La sección de *jurisprudencia* abre con una nota a una sentencia de extradición activa, de la Excmo. Corte Suprema, a cargo de Antonio Segovia, donde se ventiló el alcance del principio de especialidad. En esta ocasión, el acento de los comentarios ofrecidos se encuentra colocado en una serie de problemas de la parte general del Derecho penal, por cierto, siempre en relación con determinadas figuras de la parte especial. Así, el siguiente comentario, a cargo de Javier Escobar, versa sobre el alcance de la hipótesis de “incapacidad para oponerse” como elemento del delito de abuso sexual, dada la introducción del tipo de “abuso sexual por sorpresa” en el propio art. 366 del Código Penal, cuestiones tratadas en una sentencia de la Corte de Rancagua. Luego, Alejandro Leiva ofrece una nota a una sentencia de la Corte de Concepción, en un caso donde se discutió la aplicación de la agravante especial de “cometer el delito de tráfico en un lugar de detención” a un sujeto que ya se encontraba privado de libertad. A continuación, el flamante Dr. iur. Ítalo Reyes asume el comentario de una nueva sentencia de la Excmo. Corte Suprema en la que se ha recurrido a la categoría de la “autoría mediata” fundada en el dominio de un aparato organizado de poder, en un caso por secuestro y homicidio calificado cometidos durante la dictadura militar. Con un muy sugerente título, Francisco Bedacarratz nos ofrece una nota a una sentencia de la Corte de Puerto Montt en un caso en el que se había invocado el “amor filial” como eximiente de “fuerza irresistible” respecto de un delito de tráfico. En el apartado de parte especial, se incluye un comentario de Catalina Sierra-Campos sobre una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, con “algunas reflexiones en torno al delito de desacato en materia de violencia intrafamiliar”. Finalmente, incluimos una nota de Felipe Morgan a una sentencia de la Excmo. Corte Suprema sobre la forma de comprender las causales del recurso de nulidad.

En la sección de *política criminal*, incluimos la conferencia que impartiera el Profesor Dr. Gabriele Fornasari a modo de inauguración de las XVIII Jornadas Chilenas de Derecho penal y Ciencias penales que tuvieron lugar entre el 5 y el 7 de octubre de 2022, en la Universidad de Valparaíso. La ponencia defendió “El valor del principio de ofensividad en la era posmoderna”. En el mismo plano de las reflexiones político-criminales, ofrecemos un estudio sustantivo de la reforma introducida por la Ley N° 21.595, sobre Delitos Económicos, a la Ley N° 20.393, sobre responsabilidad de las personas jurídicas,

análisis emprendido por las profesoras Ximena Marcazzolo y Diva Serra con un tono crítico, como lo revela el título del texto: “¿En qué medida la reforma que introduce la nueva ley de delitos económicos automatiza la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas?”.

En la sección *varia*, tenemos la alegría de incluir una breve reseña acerca del talante del Profesor Dr. José Luis Guzmán Dalbora, de Valparaíso, homenaje que estuvo a cargo del Profesor Carlos Cabezas y que fue leído en el contexto de las últimas Jornadas Chilenas de Derecho penal y ciencias penales, desarrolladas entre los días 15 y 17 de noviembre de 2023 en Coquimbo.

EL EQUIPO EDITORIAL DE LA *REVISTA DE CIENCIAS PENALES*

DOCTRINA

“C’È QUALCOSA DI NUOVO NEL SOLE, ANZI D’ANTICO”*
REFLEXIONES SOBRE LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE
EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ITALIANO Y CHILENO

CECILIA VALBONESI
Università degli Studi di Firenze

SUMARIO: I. Introducción. II. En búsqueda de una Carta Magna del medio ambiente: la Constitución como paradigma de protección en los ordenamientos jurídicos italiano y chileno. 1. La “nueva” protección constitucional del medio ambiente en Italia. 2. Esperanzas para el futuro en la protección constitucional del medio ambiente en Italia y Chile. III. El carácter fragmentario de la protección de las matrices medioambientales y su accesoria al Derecho administrativo. II. La fragmentación de la protección en el Testo Único Ambiental en Italia. 2. La protección fragmentada del sistema jurídico chileno. 3. La administración virtuosa de la protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico chileno. 4. El contraste de la normativa italiana sobre Medio Ambiente con los principios del Derecho penal. 5. Especialidad y legalidad administrativa en Chile: un anhelo para el ordenamiento jurídico italiano. IV. La protección del medio ambiente en el Código Penal: comparación de las reformas italiana y chilena. 1. Génesis de la modificación introducida por la Ley N° 68 de 2015. 2. La reforma italiana: una oportunidad perdida. 3. Reforma chilena de Medio Ambiente. V. Conclusiones. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE: *Medio ambiente; reforma; Constitución; Italia.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace algún tiempo, la protección del medio ambiente es el punto de emergencia de dramáticas contradicciones destinadas a influir en opciones sociales, económicas y jurídicas de peculiar impacto.

Es evidente la doble velocidad a la que avanza la adopción de medidas para salvaguardar el ecosistema en la legislación de los países más avanzados, por

* “Hay algo nuevo hoy en el sol, más bien antiguo”. Se trata del íncipit del poema: *L’auquilon* / El volantín (1897) del poeta italiano Giovanni Pascoli (desde su obra: *Primi poemetti*. Bolonia: Zanichelli [1907]).

un lado, y la determinación de políticas internacionales para contener el poder destructivo de ciertas fuentes contaminantes, por otro.

La discrepancia entre la falta de “coraje” de los foros internacionales y los loables, aunque no exhaustivos, intentos de algunos gobiernos y parlamentos nacionales, preocupados por preservar la integridad de sus matrices medioambientales, repercute también y sobre todo de forma dramática en la protección de la vida de las generaciones presentes y futuras.

Esta, así como otras profundas antinomias, acaban inevitablemente repercutiendo sobre el conjunto de *instrumentos* que ofrecen protección penal al ecosistema. Éstos, de hecho, están expuestos a un riesgo real de ineeficacia precisamente por la falta de un diseño global de garantías destinado a salvaguardar el goce de uno de los derechos humanos más importantes, como es el de vivir en un medio ambiente sano.

En medio de este marco tan complejo, los ordenamientos jurídicos de los Estados europeos se han esforzado (con diferentes velocidades y matices) por adaptarse a las obligaciones de protección impuestas por las directivas de la UE, al igual que los países de América del Sur están aplicando progresivamente el marco de salvaguardias destinado a una protección más contundente del ecosistema¹.

Este interesante y complejo proceso de desarrollo presenta ciertas constantes que adquieren la apariencia de verdaderas identidades, cuya evidencia es de gran valor si se desea prestar mayor atención al proceso de implementación de la protección penal del medio ambiente que ha caracterizado a los ordenamientos jurídicos italiano y chileno en los últimos años.

La fructífera sinergia de la confrontación entre ambas realidades, que ya hemos intentado poner de relieve con referencia a las responsabilidades de los operadores de la Protección Civil durante macroeventos como terremotos y tsunamis², adquiere aquí un rostro de gran interés como para sugerir una

¹ Por ejemplo: la Constitución de Ecuador de 2008 establece el: “Derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir” y “toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”, respectivamente. Por su parte, la constitución de Brasil señala: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado”. Por lo demás, el derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible ha sido reconocido recientemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución A/76/L.75, de julio de 2022.

² Véase: VALBONESI, Cecilia. *Rischio terremoto e rischio maremoto: sistemi di prevenzione e modelli di responsabilità in un confronto fra diritto penale cileno e diritto penale italiano*. Napoli: ESI (2022).

reflexión ciertamente no exhaustiva sobre las opciones que caracterizan el sistema de protección penal del medio ambiente tanto en Italia como en Chile.

La ocasión para estas consideraciones se da gracias a importantes novedades en ambos ordenamientos jurídicos.

En Chile, el 7 de agosto de 2023, fue promulgada la Ley N° 21.595 que sistematiza los delitos económicos y atentados contra el medio ambiente. Además, modifica diversos cuerpos legales que tipifican delitos contra el orden socioeconómico y adecua las penas aplicables a todos ellos. La iniciativa, despachada al Ejecutivo para su promulgación como ley, armoniza una serie de normas destinadas a proteger el medio ambiente. Asimismo, establece un sistema especial de determinación de la pena, de sustitución de penas, de determinación y cuantía de la multa y de inhabilitaciones especiales. En este sentido, actualiza algunos delitos y crea otros nuevos. Junto a ello, enmienda la Ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre otros puntos³.

No menor parece ser el alcance de la protección constitucional, que ha experimentado un notorio y controvertido desarrollo con la previsión de importantes normas de protección del medio ambiente en los arts. 39, 81, 104 y 106 y en el Capítulo III (arts. 127-150) de la Propuesta de Constitución política de la República de Chile de 2022 (en adelante PCP22), aunque no llegaron de momento a materializarse debido al rechazo en el sufragio popular expresado el 4 de septiembre del mismo año⁴.

³ En el momento de remitir este documento para su publicación, el proyecto de Ley se encuentra en conocimiento del presidente de la República para su promulgación.

⁴ Se facilita el texto de los artículos más importantes, tales como: art. 39 “El Estado garantiza una educación ambiental que fortalezca la preservación, la conservación y los cuidados requeridos respecto al medioambiente y la naturaleza, y que permita formar conciencia ecológica”; art. 81: “1. Toda persona tiene derecho, en su condición de consumidora o usuaria, a la libre elección, a la información veraz, a no ser discriminada, a la seguridad, a la protección de su salud y el medioambiente, a la reparación e indemnización adecuada y a la educación para el consumo responsable. 2. El Estado protegerá el ejercicio de estos derechos, mediante procedimientos eficaces y un órgano con facultades interpretativas, fiscalizadoras, sancionadoras y las demás que le otorgue la ley”; art. 104: “Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”; art. 106: “La ley podrá establecer restricciones al ejercicio de determinados derechos para proteger el medioambiente y la naturaleza”.

Merece mención también la disposición final Trigésima séptima según la cual “En el plazo de un año desde la entrada en vigencia de la Constitución, el Presidente de la República convocará a la constitución de una comisión de transición ecológica. Dependerá del Ministerio del Medio Ambiente y estará encargada de diseñar propuestas de legislación, adecuación normativa y políticas públicas orientadas a la implementación de las normas constitucionales del acápite de naturaleza y medioambiente. Esta comisión estará integrada por académicos,

De igual rango son los cambios relativos a la protección del medio ambiente en Italia. El año pasado, tras un largo y acalorado debate, se introdujo una mención explícita a la protección del medio ambiente en la Carta Constitucional (arts. 9º y 41 de la Constitución), mientras que el debate sigue siendo extremadamente vivo no sólo con respecto a la eficacia de las medidas penales contenidas en el Código del Medio Ambiente sino, sobre todo, sobre el alcance del Título IV *bis*, que, al innovar el Código Penal, pretendía ofrecer una protección más contundente y generalizada al ecosistema.

Las interesantes sugerencias que se derivan de la evolución de los perfiles constitucionales y normativos de dos ordenamientos jurídicos “tan distantes, tan próximos” representan una oportunidad única de comparación mutua de la que podemos extraer elementos de inspiración destinados a subsanar las aporías existentes y a implementar la futura protección del ecosistema.

No obstante, la intención comparativa general debe sucumbir ante la elección de determinados perfiles clave en los que centrar una mayor atención. Por ello, merece la pena, de entrada, explicitar los aspectos sobre los que queremos llevar a cabo una reflexión que esperamos resulte fructífera para ambos ordenamientos jurídicos: 1. El alcance y los límites de la protección constitucional del medio ambiente como fuente de equilibrio entre las distintas instancias de la postmodernidad; 2. El carácter fragmentario de la protección de las matrices ambientales individuales a las que se asocia una connotación accesoria de protección penal respecto de la protección administrativa; 3. Las potenciales cuestiones críticas que caracterizan la inserción en el Código Penal de un cuerpo normativo dedicado a la protección del medio ambiente en su conjunto, objeto de potencial compromiso por macroeventos de peligro o daño.

No se tratará aquí explícitamente la responsabilidad de las personas jurídicas por delitos contra el medio ambiente, pues para expresar nuestra postura esperamos la promulgación de la ley chilena.

II. EN BÚSQUEDA DE UNA CARTA MAGNA DEL MEDIO AMBIENTE: LA CONSTITUCIÓN COMO PARADIGMA DE PROTECCIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ITALIANO Y CHILENO

En el momento en que nos disponemos a desarrollar estas consideraciones en Chile, acaba de asumir el nuevo Consejo constitucional que tendrá la tarea de

organizaciones de la sociedad civil, representantes de los pueblos indígenas y por los organismos públicos pertinentes”.

reescribir una nueva Constitución, ansiosa por encontrar la aprobación pública que no encontró el texto propuesto en 2022.

Por su parte, la normativa contenida en la PCP22 mostraba una evidente centralidad reservada al ecosistema, el cual, además de ser un sujeto en sí mismo de derechos y protecciones (en modo similar al texto vigente en Ecuador), aparece concebido como un instrumento a través del cual garantizar una mejor calidad de salud y de vida para los ciudadanos chilenos⁵.

Como señala la doctrina: “El nuevo paradigma propuesto, en contraposición al Estado subsidiario consagrado en la Constitución vigente, era encabezado por la consagración de una cláusula de Estado social y democrático de derecho, para cuya realización la protección del medio ambiente es fundamental. El art. 1º de la PCP22 indicaba: “Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural, regional y ecológico”⁶.

En efecto, el inciso segundo del art. 1º de la PCP22 reconocía como “valores intrínsecos e irrenunciables la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza”. Por su parte, el inciso tercero del art. 1º, reconocía como principios “la protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos”⁷.

Además, los perfiles más importantes parecían ser: (i) el reconocimiento constitucional del derecho colectivo a un medio ambiente sano; (ii) la consagración de una acción especial para la tutela de derechos fundamentales de carácter ambiental; (iii) la incorporación del principio de solidaridad intergeneracional a nivel constitucional; y, iv) la creación de la Defensoría de la Naturaleza como órgano especializado para la defensa del interés público medioambiental⁸.

En cuanto al primer aspecto, a diferencia del texto de 1980, la PCP22 contemplaba una serie de normas e instituciones orientadas al reconocimiento

⁵ Para una reflexión más amplia, véase HERVÉ, Dominique. *Hacia una constitución ecológica: herramientas comparadas para la consagración constitucional de la protección del medio ambiente*. Santiago: UDP (2021).

⁶ NAVARRO SCHOLZ, Daniela; RUFATT NÚÑEZ, Cristofer. “Algunas notas sobre la legitimación activa ambiental en el proyecto de nueva constitución del año 2022”, en *Revista de Derecho Ambiental*, vol. 2, Nº 18 (2022), p. 278.

⁷ Sobre este aspecto véase: MARSHALL, Pablo. “Clasificación de los derechos fundamentales”, en Contreras, Pablo; Salgado, Constanza (eds.), *Manual sobre derechos fundamentales*. LOM: Santiago (2017), pp. 93 y ss.; MESA GARCÍA, Luis. “El derecho a un medio ambiente sano como derecho humano sus principios rectores y constitucionalización”, en *Ratio Iuris*, vol. 1, Nº 3 (2017), pp. 83 y ss.

⁸ Véase al respecto COSTA CORDELLA, Ezio; RIVERA RIVEROS, Sofía. “La Defensoría de la Naturaleza en una constitución ecológica”, en *Revista Némesis*, vol. 18 (2021), 44 y ss.

y protección de intereses de carácter supraindividual, en materia de pueblos indígenas, Estado regional y derechos fundamentales. En materia ambiental, más allá de lo ya indicado, merecen mención el: “art. 18 número 3, que reconoce a la naturaleza sujeto de derechos; art. 103, que consagra los derechos de la naturaleza; art. 127, que impone al Estado y a los ciudadanos el deber de proteger y respetar los derechos de la naturaleza; art. 104, que consagra el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado; y, art. 119 número 8, que regula la acción constitucional de tutela ambiental especial”⁹.

Por lo demás, en el art. 18 núm. 1, el proyecto reconocía que: “Las personas naturales son titulares de derechos fundamentales. Los derechos podrán ser ejercidos y exigidos individual o colectivamente”.

Es de particular interés el reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano en reemplazo de la actual fórmula “derecho a un medio ambiente libre de contaminación”. Fuera de las críticas que merezca la redacción de la norma constitucional vigente, es posible afirmar que la norma contenida en la PCP22 constituía un potencial avance en materia de tutela del medio ambiente.

En cuanto al segundo aspecto, la PCP22 contemplaba la denominada acción de tutela de derechos fundamentales que reemplazaba al recurso de protección del art. 20 del texto de 1980. Dicha acción constitucional se encontraba regulada en el art. 119 de la PCP22, que establecía una regla de legitimación: “Tratándose de los derechos de la naturaleza y derechos ambientales, podrán ejercer esta acción tanto la Defensoría de la Naturaleza como cualquier persona o grupo”. Se trata de una acción popular que se presenta como un mecanismo de tutela procesal colectiva¹⁰.

En cuanto al tercer punto, el art. 128 del PCP22 reconocía el principio de solidaridad intergeneracional, en los siguientes términos, acordes con el derecho medioambiental internacional: “son principios para la protección de la naturaleza y el medioambiente, a lo menos, los de progresividad, precautorio, preventivo, de justicia ambiental, de solidaridad intergeneracional, de responsabilidad y de acción climática justa”¹¹.

Finalmente, de particular relevancia hubiese podido ser la creación de una Defensoría de la Naturaleza: un órgano autónomo y especializado para la defensa del medio ambiente y la protección de los derechos de la naturaleza. El

⁹ NAVARRO SCHOLZ, Daniela; RUFATT NUÑEZ, ob. cit., pp. 283-284.

¹⁰ En este sentido: REGO BLANCO, María. *La acción popular en el derecho administrativo y en especial, en el urbanístico*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, (2005), p. 42.

¹¹ Cfr. GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. *La naturaleza en la nueva Constitución de Chile*, en [www.dirrittocomparati.it](http://www.diritticomparati.it) (2022).

proyecto constitucional consagraba su creación en el art. 149, de la siguiente forma: “Un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, denominado Defensoría de la Naturaleza, tendrá como función la promoción y protección de los derechos de la naturaleza y de los derechos ambientales asegurados en esta Constitución, en los tratados internacionales ambientales ratificados y vigentes en Chile, frente los actos u omisiones de los órganos de la Administración del Estado y de entidades privadas”¹².

Con la esperanza de que el nuevo Borrador de Propuesta de 2023 pueda prestar deferencia a esas instancias de publicidad del bien del medio ambiente, dirigidas a garantizar a través de protecciones de carácter colectivo implementadas tanto a través de instrumentos procesales peculiares (la acción especial de protección del medio ambiente), como a través de la creación de órganos destinados a la defensa del bien jurídico (Defensoría de la naturaleza), no podemos ignorar el alcance de la disposición del texto de 1980 y las cuestiones críticas que presenta.

En efecto, el actual art. 19 presenta características que reflejan el momento histórico de su promulgación, cuando el bien del medio ambiente aún no era considerado en su centralidad¹³. En efecto, el art. 19 asegura una garantía de matriz individual (Nº 8) y sobre todo delega a la ley la posibilidad de identificar aspectos restrictivos de otros derechos para proteger integralmente el medio ambiente. El art. 19 Nº 8 inciso segundo establece, en efecto, que: ‘La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente’.

Como veremos, se trata de un perfil no del todo disímil al previsto en el ordenamiento italiano en el art. 41, pero con diferencias significativas en cuanto a su aplicación concreta. En efecto, como señala la doctrina: “Esta investigación

¹² Cabe señalar que, en lo relativo a las atribuciones de la Defensoría, sin perjuicio de que la PCP22 indicaba que estas debían ser reguladas por la ley, la misma propuesta establecía un catálogo mínimo para la concreción de su función. Así, en el art. 149 se consagraban las siguientes atribuciones:

- a) Fiscalizar a los órganos del Estado y a las entidades privadas en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos ambientales y derechos de la naturaleza.
- b) Formular recomendaciones en las materias de su competencia.
- c) Tramitar y hacer seguimiento de los reclamos sobre vulneraciones de derechos ambientales y derivar en su caso.
- d) Deducir acciones constitucionales y legales cuando se vulneren derechos ambientales y de la naturaleza.
- e) Promover la formación y educación en derechos ambientales y de la naturaleza.
- f) Las demás que le encomienden la Constitución y la ley.

¹³ Consideraciones centrales sobre este perfil pueden encontrarse en: LAVÍN, Julio. “Constitución y Ley General del Medio Ambiente”, en *Ambiente y Desarrollo*, marzo (1993), pp. 15 y ss.

arguye que la situación, si bien no es la contraria, es distinta: el objetivo de esta disposición es proteger el medio ambiente, haciendo de este un título que justifique el establecimiento de restricciones a otros derechos, pero no hasta el punto de dejar de dar protección a los derechos contenidos en la denominada Constitución Económica de las restricciones que el Legislador establezca para la protección del medio ambiente, cuestión que en definitiva, según se argumentará, incide en la efectividad de este Derecho”¹⁴. La circunstancia no es casual, armonizando más bien con la “ideología que subyace a la Constitución en materia de intervención del Estado sobre la economía”¹⁵.

Guilof justifica su postura identificando en la previsión del art. 19 una reserva de ley de carácter relativo que se traduce en la previsión de supuestos normativos carentes de taxatividad, en cuyas mallas se espesa fácilmente la discrecionalidad administrativa, haciendo prevalecer los intereses de la economía sobre los del medio ambiente¹⁶.

1. La “nueva” protección constitucional del medio ambiente en Italia

El vivo debate que caracteriza la protección constitucional del medio ambiente en el ordenamiento jurídico chileno, desde el punto de vista de la naturaleza del bien jurídico, de los instrumentos de tutela y de la ponderación de los intereses protegidos, representa un paradigma importante tras las mo-

¹⁴ GUILOFF TITIUN, Matías. “El dilema del artículo 19 N° 8 inciso 2º”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2011, vol. 18, N° 1 (2011), p. 148.

¹⁵ Ibíd. el autor recuerda también que el 19 N° 26 establece cómo, “La Constitución asegura a todas las personas: la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar a los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. El mismo autor ha reconocido como: “Parte relevante de la doctrina ha interpretado esta norma en el sentido de establecer una cláusula general de reserva legal en materia de derechos fundamentales” (p. 153). Por ello, “no bastará con aprobar en el proceso legislativo una cláusula que habilite en términos generales a la administración a establecer restricciones para la protección del medio ambiente” (p. 155). Con referencia a los aspectos centrales del texto de 1980 como constitución económica ver: BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “Constitución Económica y Protección del Medio Ambiente”, en *Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)*, vol. 9, esp. (1998), pp. 43-54.

¹⁶ Ibíd., p. 165 utilizando como ejemplo el art. 10 de la Ley N° 19.300. Son las propias normas legales las que deben establecer las restricciones específicas. EVANS, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*, tomo II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1986), pp. 158-159. Y también LAVÍN, Julio, ob. cit., p. 15.

dificaciones introducidas en los arts. 9º y 41 de la Constitución italiana por la Ley Constitucional N° 1, de 11 de febrero de 2022, que intervino para remediar una aporía que ya no se justificaba en pleno siglo XXI.

Detengámonos ahora en la disciplina italiana, tratando de destacar sus puntos fuertes y débiles que puedan inspirar el diálogo entre los ordenamientos jurídicos en el proceso común de búsqueda de un equilibrio dirigido a garantizar la máxima protección del ecosistema.

Conviene señalar de inmediato cómo los cambios introducidos en la legislación italiana están en consonancia con la legislación europea: la Carta de Niza del año 2000, es decir la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, establece en su art. 37 que: “Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio del desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”¹⁷.

Volviendo a la constitución italiana, tras la reforma de 2022, se ha incluido la protección expresa del medio ambiente en el *cuerpo* de su art. 9º, pues ahora se afirma que: “La República promueve el desarrollo de la cultura y la investigación científica y técnica. Protege el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación. Protege el medio ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas,

¹⁷ Por otra parte, la política comunitaria y los objetivos medioambientales también están regulados en el TFUE-Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su art. 191, que establece que: “1. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos: – la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente, – la protección de la salud de las personas, – la utilización prudente y racional de los recursos naturales, – el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente. y en particular a luchar contra el cambio climático; 2. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga. En este contexto, las medidas de armonización necesarias para responder a exigencias de la protección del medio ambiente incluirán, en los casos apropiados, una cláusula de salvaguardia que autorice a los Estados miembros a adoptar, por motivos medioambientales no económicos, medidas provisionales sometidas a un procedimiento de control de la Unión; 3. En la elaboración de su política en el área del medio ambiente, la Unión tendrá en cuenta: – los datos científicos y técnicos disponibles, – las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Unión – las ventajas y cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción, – el desarrollo económico y social de la unión en su conjunto y el desarrollo equilibrado de sus regiones; 4. En el marco de sus respectivas competencias, la Unión y los Estados miembros cooperarán con los terceros países y las organizaciones internacionales competentes. Las modalidades de la cooperación de la Unión podrán ser objeto de acuerdos entre ésta y las terceras partes interesadas. El párrafo precedente se entenderá sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para negociar en las instituciones internacionales y para cumplir acuerdos internacionales”.

también en el interés de las generaciones futuras. La ley del Estado regula los modos y formas de protección de los animales”.

En efecto, en virtud del texto anterior, que terminaba tras la segunda frase, doctrina y jurisprudencia habían terminado afirmando que era posible reconocer la protección constitucional de las matrices ambientales a través de una interpretación extensiva de la noción de *paisaje*. Sin embargo, se trataba de un paradigma de protección profundamente insuficiente y no acorde con la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico italiano a las instancias unitarias e internacionales de protección¹⁸.

De hecho, sólo en virtud de una interpretación extensiva se asimiló la noción de paisaje al concepto de “forma del territorio”, cuya protección incluía, por lo tanto, la belleza natural, el urbanismo y el medio ambiente¹⁹. A quienes, por lo tanto, objetan que la reforma de 2022 representa el precipitado de adquisiciones jurisprudenciales y legislativas consolidadas y que, por lo tanto, resultaría inútil, se ha respondido eficazmente que la Carta Constitucional traza objetivos de desarrollo social²⁰ y está destinada a conferir una orientación cultural a la sociedad que es su expresión²¹.

Como acertadamente se ha señalado: “si, por tanto, el ordenamiento jurídico vive y se renueva constantemente en la interacción recíproca entre sus

¹⁸ Por eso la reforma constitucional tiene un valor central. En este sentido: DE SANTIS, Valeria. “La Costituzione della Transizione Ecologica. Considerazioni intorno al novellato art. 41 della Costituzione”, en *Nomos*, 1 (2023), pp. 1 y ss. Contra: DE FIORES, Claudio. “Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione”, en *Costituzionalismo.it*, 3 (2021), 137 ss.; DI PLINIO, Giampiero. “L’insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell’ambiente”, en *Federalismi.it - paper*, 1.07.2021, pp. 1 y ss.; CASSETTI, Luisa. “Salute e ambiente come limiti “prioritari” alla libertà di iniziativa economica?”, en *Federalismi.it - paper*, 23.06.2021, pp. 1 y ss. En particular: RESCIGNO, Francesca. “Quale riforma per l’articolo 9”, en *Federalismi.it - paper*, 23.06.2021, pp. 2 y ss., subraya que la intervención sobre los principios fundamentales podría constituir un precedente peligroso.

¹⁹ PREDIERI, Alberto. “Paesaggio”, en *Enciclopedia del diritto*, XXXI. Milano: Giuffrè (1981), p. 508; Id. “Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio”, en Id. (dir.), *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*. Milano: Giuffré (1969), pp. 3 y ss., sobre la evolución del concepto de paisaje en especial: CONTI, Gian Luca. “Dal Paesaggio di Predieri ai paesaggi della Convención de Florencia”, en *Costituzionalismo.it*, 3 (2010).

²⁰ HÄBERLE, Peter. *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, edición italiana por Jorg, Luther. Roma: Carocci (2001), pp. 32-33, siendo su opinión que la Constitución es un instrumento de “autorrepresentación cultural” de un pueblo.

²¹ Una constitución viva como expresión cultural existe en la interacción y el condicionamiento mutuo entre la sociedad y sus intérpretes; sobre este punto: MORTATI, Costantino. *Raccolta di scritti, I, Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*. Milano: Giuffrè (1972), pp. 3 y ss.

diversos componentes –ya que no puede ser considerado como la suma de actos y decisiones administrativas, reglamentarias y jurisdiccionales individuales–, entonces la integración de los principios fundamentales de la Constitución, aunque sea ‘reconocimiento’ de una evolución trazada por el legislador y la jurisprudencia, no parece carente de significado porque está destinada, en esta interacción recíproca, a abrir un proceso de ‘conformación’ de la realidad, es decir, de presión sobre el legislador ordinario, el orden público y el intérprete”²².

Sin embargo, a pesar de los méritos de la enmienda constitucional, la formulación elegida parece perfectible y ciertamente no escapará al lector atento cómo en este caso estamos lejos de la madurez conceptual expresada, por ejemplo, por el art. 45 de la Constitución española²³.

En fin de cuentas, ahora la Constitución italiana por fin se incluye en el grupo de aquellos que mencionan de forma expresa a los perfiles de protección de los ecosistemas ya en los principios fundamentales, lo que refuerza potencialmente las instancias de promoción y protección de un bien tan central como a veces esquivo.

En este sentido, ya en los primeros pronunciamientos, a raíz de la Ley Constitucional N° 1 de 2022, el juez administrativo al que en Italia, como veremos, se encomienda la tutela del medio ambiente, otorga especial relevancia a la reforma constitucional y utiliza la referencia al nuevo art. 9º de la Constitución para una lectura constitucionalmente orientada de las leyes ordinarias que le permita reforzar sus decisiones. Dando desarrollo a décadas

²² Sobre el valor performativo de la reforma constitucional: MORRONE, Andrea. “La modifica dell’art. 9 della Costituzione”, en *La riforma costituzionale in materia di tutela dell’ambiente (Atti del Convegno 28.01.2022)*. Napoli: Editoriale scientifica (2022); BIFULCO, Raffaele. “La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive”, en *Analisi Giuridica dell’Economia*, 1 (2022), pp. 7 y ss.; DE LEONARDIS, Francesco. “La riforma “bilancio” dell’art. 9 Cost. e la riforma “programma” dell’art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura”, en *Apertacontrada*, pub. 28.02.2022, pp. 1 y ss. En términos generales, sobre la integración como proceso fundamental en la vida del Estado, es inevitable remitirse a: SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale* (edición italiana por Jorg, Luther). Milano: Giuffrè (1988), pp. 75 y ss. También: CAPOGRASSI, Giuseppe. “Frammento sulle costituzioni e le procedure”, en Id., *Opere*, II. Milano: Giuffrè (1990), pp. 387 y ss.

²³ “Art. 45. 1. Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

de jurisprudencia constitucional²⁴, la reforma –se observa– establece importantes principios para elevar el nivel de protección del medio ambiente y de los animales y perfila una nueva axiología del conflicto entre medio ambiente e iniciativa económica²⁵.

Aspectos de interés incluso mayor se refieren a la segunda parte de la reforma realizada con la Ley constitucional N° 1 de 2022, allí en donde se toca el contenido del art. 41. Su texto, ahora, es el siguiente: “La iniciativa económica privada es libre. No puede ejercerse en pugna con la utilidad social o de modo que atente contra la salud, el medio ambiente, la seguridad, la libertad o la dignidad humana. La ley determina los programas y controles adecuados para que la actividad económica pública y privada pueda orientarse y coordinarse con fines sociales y medioambientales”.

La enmienda al art. 41 de la Constitución también representa una innovación muy importante que intercepta la controvertida cuestión de las limitaciones a la iniciativa económica, que ya había surgido en el largo asunto judicial de la acería Ilva en la ciudad de Taranto²⁶. De hecho, en 2013, el Tribunal Constitucional, había expresado la necesidad de equilibrar las necesidades de iniciativa económica, trabajo y salud (sentencia N° 85 de 2013).

Al modificar la *constitución económica*, la reforma traza líneas de desarrollo que deberían incitar al legislador a reflexionar sobre el papel del poder público y lo que se entiende hoy por progreso.

El apt. 2 del art. 41 de la Constitución, que ya en su formulación anterior identificaba límites a la actividad económica, fue completado por la reforma constitucional de 2022 con referencias a la salud y al medio ambiente. La disposición es rica en potencial interpretativo: la introducción del medio ambiente

²⁴ El Tribunal Administrativo Regional del Lacio, sentencia n. 7779 de 13.06.2022, confirma el alcance programático del párrafo 3 del art. 9 de la Constitución, que: “Desarrolla las orientaciones interpretativas de décadas del Tribunal Constitucional que entienden el medio ambiente de manera expansiva, no como un mero bien o materia de competencia, sino como un valor primario y sistémico” y subraya cómo la nueva formulación de la norma constitucional ofrece una valiosa ayuda para el intérprete, “en todo caso obligado a dar una lectura constitucionalmente orientada” de las normas existentes sobre la protección del patrimonio ambiental.

²⁵ Cons. Stato, VI sez. sent. 7.09.2022, núm. 8167, esta sentencia también se tratará más adelante, en particular, en los §§ 6 y 8.

²⁶ Por todos: MORANA, Donatella. “Sulla fondamentalità perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell’interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia”, en *Giurcost.it*, 30 de abril de 2020, p. 6.

y de la salud²⁷ en el *corpus de bienes jurídicos sujetos a ponderación* sitúa, por un lado, al medio ambiente como límite negativo y, por otro, lo caracteriza en su dimensión valorativa y antropocéntrica.

El art. 2 del art. 41 de la Constitución nos recuerda que el medio ambiente encarna un factor que debe armonizarse con otros bienes primarios constitucionalmente protegidos y es funcional a ellos. Pensemos en la noción de medio ambiente como entorno de trabajo y como elemento fundamental en la protección de la salud humana o la seguridad laboral²⁸.

Por lo tanto, no se cuestiona la libertad de iniciativa económica que sustenta la relación entre el Estado y la economía. Aunque no sea un derecho inviolable y, por tanto, aunque pueda ser limitada, la libertad de iniciativa económica es, de hecho, una expresión de la personalidad humana, cuyo desarrollo se sitúa en el centro del sistema constitucional.

Pero aún más interesante es el párrafo tercero del art. 41 de la Constitución, que encomienda a la ley la determinación de los programas y controles destinados a “orientar y coordinar la actividad económica pública y privada con fines sociales y ambientales”.

La combinación de los dos párrafos muestra la necesidad de que el equilibrio sea realizado previamente por las fuentes primarias, que luego están destinadas a orientar a las fuentes reglamentarias y administrativas, en aplicación de una determinada política entendida como un conjunto de decisiones centralizadas y uniformes sobre la *polis*.

El legislador, como único intérprete de lo que debe entenderse por progreso material de la sociedad²⁹, puede dirigir la iniciativa económica incluso hasta el punto de retirar del mercado determinados productos o actividades siempre y

²⁷ CASSETTI, Luisa (2022). “Riformare l’art. 41 della Costituzione: alla ricerca di ‘nuovi’ equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?”, en *Federalismi.it*, 4, 2022, 199. Para un interesante estudio en profundidad, véase: *Senado de la República - DOSSIER - Enmiendas a los artículos 9º y 41 de la Constitución sobre protección del medio ambiente*, disponible en www.senato.it.

²⁸ Incluso mucho antes de la modificación constitucional, el problema de la ponderación fue destacado con autoridad por: PEDRAZZI, Cesare. *Profili penalistici di tutela dell’ambiente*, en *Indice penale* (1991), p. 619 y ss. Sobre la protección “relativa” del bien ambiental, véase: INSOLERA, Gaetano. “Modello penalistico puro per la tutela dell’ambiente”, en *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 738.

²⁹ PACE, Alessandro. *Libertà di iniziativa economica*, en Id., *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, 2^a ed. Padova: Cedam (1992), p. 457

cuando entren en conflicto radical con la utilidad social, la libertad, la seguridad, la dignidad y el medio ambiente³⁰.

2. Esperanzas para el futuro en la protección constitucional del medio ambiente en Italia y Chile

Del encuentro entre el rico debate sobre la reforma constitucional chilena y las esperanzas derivadas del nuevo marco constitucional italiano, parece posible trazar unas primeras líneas programáticas, potencialmente susceptibles de constituir un terreno común de reflexión orientado a implementar las reflexiones aplicativas de la protección constitucional.

En este sentido, podemos centrar la atención en un perfil que parece tanto de rango axiológico como de aplicación sistemática y que tiene su origen en la necesaria armonización –que es explícita en el ordenamiento jurídico italiano– entre la protección del ecosistema y la protección de la salud.

La estrecha conexión entre medio ambiente y salud se remonta, en Italia, a los orígenes mismos de la aparición de la protección del medio ambiente. De hecho, fue precisamente la lectura coordinada de los arts. 9º y 32³¹ de la Constitución la que permitió a la jurisprudencia ordinaria y constitucional, a partir de finales de los años setenta, proteger los intereses medioambientales mediante la elaboración del concepto de *salubridad del medio ambiente* como derecho del individuo a expresar su personalidad en contextos en los que se garantiza principalmente el derecho a la salud.

Ahora, tras primera modificación del art. 41 de la Constitución, la formalización del nexo entre salud y medio ambiente ha alcanzado un nivel más alto aun³².

³⁰ Sobre el tema véase por lo menos: D'ALOIA, Antonio. “Generazioni future (diritto costituzionali)”, en *Enciclopedia del diritto - Annali IX*. Milano: Giuffrè (2016), p. 355; BIFULCO, Raffaele. *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*. Milano: Franco Angeli (2008), p. 139; GRASSO, Giorgio. “Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e progetto di Costituzione europea”, en *Politica del diritto*, 4 (2003), p. 597. Sobre el concepto de progreso, véase al menos: TESTONI BINETTI, Saffo. “Progreso”, en BOBBIO, Norberto *et alii* (eds.), *Dizionario di politica*, Torino: Utet (1983), p. 900.

³¹ Art. 32: “La República protege la salud como derecho fundamental de la persona e interés de la comunidad, y garantiza la asistencia gratuita a los indigentes. Nadie podrá ser obligado a someterse a un determinado tratamiento sanitario, salvo disposición legal. La ley no podrá en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana”.

³² TALLACCHINI, Maria Chiara. *Diritto per la natura*, Torino: Giappichelli (1996), pp. 155 y ss.

Si se examina más detenidamente, el discurso tiene un vasto potencial de aplicación que involucra el equilibrio entre las dimensiones antropocéntrica y ecocéntrica de la protección del medio ambiente.

En efecto, nos parece que la reconstrucción de la relación hombre-naturaleza en clave ecocéntrica tiene sin duda el mérito de ampliar el espectro de la protección de los factores ambientales; sin embargo, si se confiere a la naturaleza el rango de “sujeto” de derecho, no se puede eximirla del reconocimiento de un haz de situaciones jurídicas subjetivas activas y pasivas, de derechos y deberes que recaen sobre individuos e instituciones.

Esta dimensión antropocéntrica, por su parte, debe dejar de entenderse como superioridad o dominio del hombre sobre la naturaleza, pasando a entenderse como responsabilidad por el medio ambiente y capacidad de todos los humanos de salvaguardar la naturaleza en una dimensión intergeneracional e intrageneracional.

Es en este equilibrio entre los derechos y responsabilidades del hombre como guardián de la naturaleza y sujeto de imputación de posiciones jurídicas activas y pasivas correlativas a la misma donde nos parece que debe situarse toda opción de codificación y aplicación de nuevas instancias de protección a nivel constitucional, destinadas a conformar los precipitados normativos y jurisprudenciales que ahora abordaremos.

III. EL CARÁCTER FRAGMENTARIO DE LA PROTECCIÓN DE LAS MATRICES MEDIOAMBIENTALES Y SU ACCESORIEDAD AL DERECHO ADMINISTRATIVO

La complementariedad y, hasta cierto punto, la tensión entre el enfoque ecocéntrico y el antropocéntrico, que emerge con extrema claridad ya en las opciones de protección adoptadas a nivel constitucional, subyace a una continua y peculiar búsqueda de un punto de síntesis entre la salvaguardia del bien ambiental y la garantía del desarrollo de las matrices socioeconómicas que caracterizan nuestra era postindustrial.

Debido a su carácter estratégico, la protección del medio ambiente es uno de los ámbitos más controvertidos y necesitados de disposiciones en constante evolución.

La naturaleza multiforme y naturalmente inestable de los equilibrios ecosistémicos ha influido profundamente en las técnicas reguladoras de la protección, tanto en el ordenamiento jurídico italiano como, nos parece, en el chileno.

De hecho, ambas se caracterizan peculiarmente por opciones de incriminación centradas, en gran medida, en la protección de determinadas matrices

(agua, suelo, fauna, etc.), cuyo nivel de afectación potencial se determina en función de un procedimiento gestionado por órganos administrativos sectoriales.

Si se examinan más detenidamente, se trata de dos aspectos diferentes, la *fragmentación* de la protección y la *administrativización* de la protección, que merecen una consideración, por separado, complementaria.

1. La fragmentación de la protección en el Testo Unico Ambientale en Italia

En cuanto a la fragmentación de la protección, es parcialmente diferente en los dos ordenamientos jurídicos que nos interesan. El legislador italiano, al menos hasta 2015, entregó la protección del ecosistema a supuestos incriminatorios vinculados al específico bien comprometido (agua, suelo, etc.), tratando de reunir, por lo menos desde 2006, toda la disciplina en un texto legal unitario. Fue así que, gracias al decreto legislativo N° 152 de 2006, nació el *Testo Unico Ambientale* (en adelante TUA) que tiene el nombre de “único” debido a su aspiración (aunque no lograda) de enmarcar toda la respuesta administrativa, civil y (en menor medida) penal al daño potencial o real causado al medio ambiente.

El TUA circunscribe, todavía, el ámbito normativo de referencia a los siguientes sectores, que constituyen actualmente las principales áreas de interés de la normativa nacional de protección del medio ambiente: 1) gestión de los residuos y de los lugares contaminados; 2) protección de las aguas contra la contaminación y gestión de los recursos hídricos; 3) protección de los suelos y lucha contra la desertificación; 4) gestión de las zonas protegidas, conservación y utilización sostenible de las especies protegidas de flora y fauna; 5) protección compensatoria contra los daños causados al medio ambiente; 6) procedimientos de evaluación del impacto ambiental, de evaluación ambiental estratégica y de autorización ambiental integrada; 7) protección del aire y reducción de las emisiones hacia la atmósfera.

El TUA se estructura en cinco partes, organizadas a su vez en secciones, títulos y capítulos: Parte I (arts. 1 - 3-sexies): Disposiciones comunes; Parte II (arts. 4 - 36): Procedimientos de evaluación ambiental estratégica, evaluación de impacto ambiental y autorización ambiental integrada; Parte III (arts. 53 - 176): Normas sobre protección del suelo y lucha contra la desertificación, protección del agua contra la contaminación y gestión de los recursos hídricos; Parte IV (arts. 177 - 266): Normas sobre gestión de residuos y recuperación de terrenos contaminados; Parte V (arts. 267 - 298): Normas sobre protección

del aire y reducción de emisiones hacia la atmósfera; Parte VI (arts. 299 - 318), y Normas sobre protección compensatoria contra daños medioambientales³³.

El núcleo de las normas penales aparece, en principio –con la excepción de los casos relativos al tráfico ilegal de residuos–, en forma de faltas y como compendio de sanciones administrativas –salvo en materia de residuos, donde la relación se invierte– y se refiere únicamente a cuestiones relativas a la contaminación de las aguas (art. 137 TUA), del suelo (arts. 254 a 260 TUA) y del aire (art. 279 TUA).

Sin ninguna pretensión de exhaustividad, podemos recordar cómo se aborda la protección penal de las aguas en la Parte III del TUA y, más concretamente, en los arts. 173 y siguientes. Se trata de una serie de delitos distintos, todos ellos caracterizados por la conducta de verter aguas residuales industriales. El art. 125 del TUA establece que el vertido de aguas residuales industriales debe ser autorizado específicamente por las autoridades competentes, previa presentación de una solicitud acompañada de determinada información específicamente establecida en el artículo y relativa a la carga y naturaleza del vertido y de la instalación. Cuando la empresa vierta sin pedir autorización o no cumpla con lo requerido, se aplicarán sanciones penales.

Además, el art. 137 prevé una sanción penal de prisión de 2 meses a 2 años o pena pecuniaria de 1500 a 10000 euros para quien abra, realice o siga realizando/manteniendo vertidos sin autorización/con autorización revocada o suspendida.

En cuanto a la disciplina de gestión de los residuos, la Parte IV del Código de Medio Ambiente contiene las normas sobre gestión de residuos y recuperación de lugares contaminados. Los residuos se definen como cualquier sustancia u objeto del que su poseedor se desprenda o tenga la intención u obligación de desprendérse. El art. 255 sanciona la infracción administrativa de abandono de residuos por incumplimiento de la orden del alcalde y por incumplimiento de las obligaciones.

En cambio, la actividad no autorizada de gestión de residuos está sancionada por el art. 256, que establece cuatro infracciones distintas: *a)* la recogida, el transporte, la valorización, la eliminación, el comercio y la intermediación de residuos en ausencia de la autorización, del registro o de la comunicación prescritos por los arts. 208 y siguientes; *b)* el abandono o depósito incontrolado

³³ Para todos, sobre la regulación del TUA, véase, RUGA RIVA, Carlo. “La disciplina dei rifiuti”, en Pelissero, Marco (ed.), *Reati contro l’ambiente e il territorio*. Torino: Giappichelli (2019), pp. 167 y ss.; BISORI, Luca. “Inquinamento delle acque”, *ivi*, pp. 239 y ss.; ARATO, Ludovica; MADEO, Antonello. “Inquinamento atmosferico, acustico, elettromagnetico”, *ivi*, pp. 336 y ss.

de residuos o su vertido en aguas superficiales o subterráneas por los titulares de empresas y responsables de entidades; *c)* el depósito incontrolado, cuando los residuos no estén destinados a operaciones de eliminación o valorización; *d)* la creación o gestión de un vertedero no autorizado.

El art. 257 está dedicado al delito de omisión de limpieza de lugares, mientras que el art. 259, bajo el epígrafe de tráfico ilícito de residuos, se refiere a la conducta de quien realice un traslado de residuos que constituya tráfico ilícito en el sentido del art. 26 del Reglamento (CEE) N° 259/93, de 1 de febrero de 1993, o realice un traslado de residuos enumerados en el anexo II de dicho Reglamento, infringiendo lo dispuesto en las letras *a), b), c) y d)* del apt. 3 del art. 1º de dicho Reglamento.

El art. 260 sanciona el delito de actividad organizada para el tráfico ilícito de residuos. El precepto incrimina la conducta de quienes, con el fin de obtener un beneficio injusto, mediante varias operaciones y a través del establecimiento de medios y actividades organizadas continuadas, vendan, reciban, transporten, exporten, importen o, en cualquier caso, gestionen ilegalmente grandes cantidades de residuos. En 2018, la disposición se transpuso íntegramente al art. 452 *quaterdecies* del Código Penal.

Por último, varias disposiciones del Título I de la Parte V del TUA están dedicadas a la protección penal contra la contaminación atmosférica. Más concretamente, se trata de una serie de hipótesis de falta relacionadas con la superación de los valores límite de emisión o con la transgresión de las disposiciones sobre autorizaciones y comunicaciones del art. 279 del TUA, introducidas en gran medida por el art. 3, apt. 13, del Decreto Legislativo N° 128, de 29 de junio de 2010.

El art. 3 de la Directiva 2008/99/CE establece que las actividades descritas en la misma deben ser tipificadas como delito si se realizan “intencionadamente o, al menos, por negligencia grave” y, por tanto, según nuestro ordenamiento penal, con dolo o negligencia grave. El Decreto Legislativo de transposición, por tanto, se limita a integrar el marco de faltas en materia medioambiental previsto en el Código Penal, estableciendo además una regulación específica de la responsabilidad de las personas jurídicas derivada de los delitos medioambientales. Los dos únicos nuevos tipos penales, ambos de naturaleza de falta, incluidos en el Código Penal son, por un lado, el art. 727 bis (Matar, destruir, capturar, coger, conservar ejemplares de especies animales o vegetales silvestres protegidas) y, por otro, el art. 733 bis (Destrucción o deterioro de hábitats dentro de un lugar protegido).

A estas disposiciones hay que añadir los delitos contra el medio ambiente ya previstos en el Código Penal, como el “incendio forestal” (art. 423 bis c.p.), la

“inundación, corrimiento de tierras o avalancha” (art. 426 c.p.), el “envenenamiento de aguas y alimentos” (art. 439 c.p.) y los delitos contra los sentimientos de los animales (*Título IX bis* del Código Penal).

Por otro lado, los supuestos del código de catástrofe, dolosa o culposa, de los arts. 434 y 449 c.p. se reservaban para la precaria e insuficiente protección frente a macroeventos destructores del ecosistema y presagios de muerte o lesiones para la población implicada.

2. La protección fragmentada del sistema jurídico chileno

La respuesta del legislador chileno parece marcada por una disimilitud parcial. Si bien no faltan disposiciones en el Código Penal destinados a proteger ciertas formas específicas del bien protegido, el núcleo más significativo de disposiciones aparece particularmente fragmentado y encerrado en el *corpus* de diversos textos legales dedicados a regular las matrices ambientales³⁴.

Si miramos a la protección penal del aire y la atmósfera: no existe disposición que sancione la grave contaminación del aire, en tanto que no tienen incidencia práctica las faltas de la infracción de reglas de policía en la elaboración de objetos fétidos o insalubres (art. 496 N° 20 del Código Penal); no entregar basura o desperdicio a la autoridad de aseo (art. 496 N° 22 del Código Penal); construcción en contravención a fuentes de emisión fijas (art. 496 N° 29 del Código Penal).

De las aguas en general y de las marinas en particular, existen dos fuentes principales de protección. Por un lado, el art. 315 c.p. castiga el envenenamiento o infección de aguas destinadas al consumo público, mientras que la Ley General de Pesca (Ley N° 18.892) en su art. 136 prevé lo que debiera corresponder a un delito de contaminación. La modificación efectuada por la Ley N° 21.132 incluyó de manera expresa la hipótesis culposa³⁵.

Con respecto a la protección del suelo, no existe en el ordenamiento jurídico chileno ninguna norma que sancione directamente la contaminación de estos espacios, y por lo tanto hay que recurrir al delito de usurpación del art. 462 c.p. En la Ley General de Urbanismo y Construcción habría un artículo (138) que bien podría aplicarse, pero nunca se hizo.

³⁴ Para este marco véase: RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2021). “La protección del medio ambiente en Chile y sus implicancias penales. Visión general”, en *Cuadernos Médico Sociales (Chile)*, vol. 61, N° 2 (2021), pp. 71 y ss.

³⁵ Sobre estos aspectos: ROJAS ACUÑA, Andrea. “Contaminación de aguas por hidrocarburos, especialmente las marinas (art. 136 Ley General de Pesca)”, en Matus, Jean Pierre (Dir.), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno. Parte Especial y política criminal*, Valencia: Tirant lo Blanch (2019), pp. 49 y ss.

La protección de la biodiversidad, en cambio, se entrega a un conjunto de normas que garantizan su preservación. El Título IX del Libro II del Código Penal contiene los delitos que atentan contra la salud animal y vegetal. El art. 289 castiga la propagación, sin permiso de la autoridad, de enfermedades o plagas animales, mientras que el art. 291 se interesa de la propagación indebida de organismos, productos, elementos o agentes químicos, virales, bacteriológicos, radiactivos, o de cualquier otro orden que por su naturaleza sean susceptibles de poner en peligro la salud animal o vegetal o el abastecimiento de la población³⁶.

En la legislación penal especial, la Ley N° 19.473, denominada Ley de Caza, castiga (arts. 30 y 31) la caza, la captura y el tráfico ilícito de fauna silvestre protegida o en peligro de extinción, mientras que la Ley N° 20.962 establece los delitos de contrabando, tráfico y posesión con fines comerciales de especies protegidas de flora y fauna.

La protección de la flora, en particular, está garantizada por el delito de incendio previsto en el N° 3 del art. 476 del c.p., que castiga al que incendiare bosques, mises, pastos, montes, cierros, plantíos o formaciones xerofíticas mientras que el N° 4, de la misma disposición, sanciona al que provoque un incendio que afectare gravemente las condiciones de vida animal o vegetal de un área silvestre protegida³⁷.

En cuanto a la protección penal de especies hidrobiológicas, se garantiza por la Ley General de pesca y acuicultura (Ley N° 18.892 reformada por Ley N° 20.116), la cual, en el inciso primero del art. 136 *bis* incorporó los delitos de introducción, investigación, cultivo o comercialización con organismos genéticamente modificados sin contar con la autorización o los importare. En el inciso segundo, la ley castiga a quien introduce o manda introducir, con dolo o culpa, sin contar con la respectiva autorización, organismos genéticamente modificados ya sea en ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de aguas.

Por otra parte, como recuerda destacada doctrina: “el art. 137 de la misma ley sanciona con pena de prisión, que corresponde a una falta, la internación de especies hidrobiológicas sin obtener la autorización previa requerida para esos efectos. La sanción se agrava si se trata de una genéticamente modificada

³⁶ OLEA, Catalina. “Propagación indebida de contaminantes (art. 291 c.p.)”, en MATUS, Jean Pierre (Dir.), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno. Parte Especial y política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch (2019), pp. 23 y ss.

³⁷ HIP VIGORENA, Francisco. “Incendios forestales (arts. 476 n. 3 c.p. y 22 a 22 ter Ley de Bosques)”, en MATUS, Jean Pierre (Dir.), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno. Parte Especial y política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch (2019), pp. 169 y ss.

o causare daño a otra existente o al medio ambiente como también si el objeto internado es carnada y su internación se efectúa en contravención a las disposiciones legales”³⁸.

La disciplina penal en contra el tratamiento del tráfico de residuos peligrosos se encuentra en el art. 44 de la Ley N° 20.920, que reprime la conducta de quien exporte, importe o maneje residuos peligrosos, prohibidos o sin contar con la autorización para ello y agrava la pena si la actividad ha generado algún tipo de impacto ambiental.

La protección de monumentos nacionales se encomienda a los arts. 38 y 38 bis de la Ley N° 17.288, mientras que el maltrato animal se castiga hoy por los arts. 291 bis y ter del Código Penal³⁹.

Por último, la tenencia y porte ilegal de armas de destrucción masiva, que acá resulta relevante por sus consecuencias en el medio ambiente, está penalmente sancionada en la Ley sobre Seguridad Nuclear (Ley N° 18.302) y la de Control de Armas (Ley N° 17.798). La misma Ley prohíbe este tipo de armas y sanciona su porte o posesión (arts. 3º inciso final y 13 y 14).

Aunque, por tanto, una técnica de incriminación similar se articula a lo largo de vías parcialmente diferentes, las críticas dirigidas a ambos sistemas parecen caracterizarse por aspectos de viva identidad. En efecto, la parcelación no ha permitido garantizar una protección sistémica del medio ambiente, dejando sin estigma penal fenómenos masivos destinados a tener repercusiones imprevisibles.

Por ello, no es casual que, como veremos en la tercera y última parte de este trabajo, ambos ordenamientos hayan llegado, en distintos momentos, a una respuesta normativa que, aspirando a ofrecer una salvaguarda más amplia, se desvincula de las matrices individuales, caracterizándose más bien por el intento de ofrecer protección al medio ambiente frente a daños potenciales o reales que comprometerían su equilibrio de forma macroscópica y, a menudo, irreversible.

Esta compartimentación de la protección, que aún caracteriza, en ciertos aspectos, tanto al ordenamiento jurídico italiano como al chileno, se caracteriza por su indefectible vinculación con el sustrato administrativo que traza los límites de la relevancia penal de la conducta.

³⁸ RAMÍREZ GUZMÁN, ob. cit., p. 78.

³⁹ DONOSO, Carla. “Daños a los monumentos nacionales (art. 38 Ley N° 17.288)”, en MATUS, Jean Pierre (Dir.), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno. Parte Especial y política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch (2019), pp. 185 y ss.

Pues bien, como trataremos de mostrar, aunque esta circunstancia plantea en ambos ordenamientos un serio interrogante sobre la posibilidad de encomendar a la autoridad administrativa la identificación de los límites de la licitud penal de la gestión ambiental, el efecto de esta *accesoriedad de lo penal a lo administrativo* tiene alcances diferentes en Italia y Chile.

3. La administración virtuosa de la protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico chileno

En Chile, en efecto, el perfil de la protección administrativa constituye un sólido sistema destinado a asegurar, en primera instancia y con admirable contundencia, la protección efectiva de las matrices ambientales puestas en peligro por las opciones de compromiso que deben tomarse en la búsqueda de un equilibrio entre conservación y progreso⁴⁰.

Los perfiles administrativos, de los que no puede prescindir ninguna de estas disposiciones, se sistematizan en los distintos complejos legislativos que se han sucedido en los últimos años.

El núcleo originario y fundacional de la protección administrativa se encuentra en la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que define el medio ambiente como “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones” (art. 2º, letra ll), de la Ley N° 19.300⁴¹.

Como es sabido, la ley, promulgada en 1994, fue objeto de una importante modificación en 2010, cuando la Ley N° 20.417 creó el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente, vinculada

⁴⁰ Fundamentales son las reflexiones de: TISNÉ NIEMANN, Jorge Bertrand. “Los intereses comprometidos en el daño ambiental. Comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la Ley N° 20.600”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, n. 1, (2014), pp. 323 y ss.

⁴¹ En la Ley N° 19.300 se “establecen las acciones derivadas del daño ambiental. La primera es la indemnizatoria y la segunda la ambiental. La legitimación activa de esta se observa en el art. 53 y la de aquella en el art. 54. Tradicionalmente se ha entendido que cada acción es independiente la una de la otra. Luego, hasta la dictación de la Ley N° 20.600 dichas acciones se podían deducir de forma separada, no existiendo vinculación directa entre ellas”. Sin embargo el ejercicio conjunto de ambas acciones siempre fue plausible.

a la creación de los Tribunales Ambientales (Ley N° 20.600)⁴², que entró en funcionamiento el 28 de diciembre de 2012.

En cuanto a la fiscalización de la normativa ambiental, esta quedó radicada en la Superintendencia de Medio Ambiente (art. 64 de la Ley N° 19.300, la que tiene las funciones de “ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley” (instrumentos de gestión ambiental)⁴³.

Como recuerda la doctrina “La competencia de los Tribunales Ambientales establecida en el art. 17 de la Ley N° 20.600, se centra en conocer de las reclamaciones de ilegalidad de ciertos actos administrativos y normas dictadas por el Ministerio del Medio Ambiente, la Superintendencia de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental, el Comité de Ministros y otros organismos del Estado con competencia ambiental”. Además, los Tribunales Ambientales conocen “de las demandas para obtener la reparación por daño ambiental y solicitudes de autorización previa o revisión en consulta, respecto de medidas temporales, suspensiones y ciertas sanciones aplicadas por la Superintendencia de Medio Ambiente”⁴⁴.

La responsabilidad objeto de regulación por la ley es de naturaleza civil; responde de ella toda persona que dolosa o culposamente cause daño ambiental y se fundamenta en la legislación general de responsabilidad extracontractual, cuyos requisitos constitutivos residen en la relación de causalidad entre el daño y el hecho y el elemento subjetivo que la sustenta.

Por otro lado, si el delito medioambiental es de naturaleza penal, corresponde su conocimiento y sanción a los tribunales penales.

En su lugar, la Ley N° 21.562 de 29 de mayo de 2023 intervino para modificar la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, estableciendo restricciones más respetuosas del medio ambiente en el proceso de evaluación de proyectos en zonas declaradas latentes o saturadas.

⁴² URRUTIA SILVA, Osvaldo. “Jurisprudencia nacional, nuevos Tribunales ambientales y Derecho Internacional del Medio Ambiente”, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, 40, (2013), pp. 475-507.

⁴³ LÓPEZ, Carlos. “La eficacia de las sanciones administrativas de la Superintendencia de Medio Ambiente”, en MATUS, Jean Pierre (Dir.), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno. Parte Especial y política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch (2019), pp. 275 y ss.

⁴⁴ URRUTIA SILVA, ob. cit., p. 497.

4. *El contraste de la normativa italiana sobre Medio Ambiente con los principios del Derecho penal*

No ocurre lo mismo en el ordenamiento jurídico italiano, caracterizado por el farragoso sistema administrativo establecido por el TUE y sus complejos procedimientos en los que deben condensarse opciones de compromiso, confiadas a las autoridades en virtud del principio de especialidad y subsidiariedad. Todo esto desencadena un mecanismo de deconstrucción que acaba colisionando con los principios cardinales del Derecho penal.

El primer y más evidente contraste se produce en el terreno de la legalidad y afecta a la técnica de protección elegida, que parece, por un lado, confiar en una formulación normativa carente bajo el perfil del mandato de determinación y, por otro, estructurarse sobre la remisión a fuentes secundarias como medidas de carácter permisivo o valores umbral, señalados por fuentes normativas o actos administrativos, a los que se entrega la *referencia valorativa* del caso y la dimensión de la protección del mismo⁴⁵.

En cuanto al problema de la exigencia de *lex certa*, las incriminaciones del TUA se estructuran en un complejo de supuestos “construidos como (más o menos) apéndices sancionadores” de “preceptos y procedimientos administrativos” que expresan una verdadera “función sancionadora del Derecho penal respecto del Derecho administrativo”⁴⁶.

En el TUA coexisten supuestos formalistas y específicos con otros de naturaleza netamente abierta. Tal disimilitud no impide, sin embargo, que en todos estos preceptos se produzca un *distanciamiento del hecho*, debido a precisas opciones de protección, circunstancia que parece relegar por completo los casos en cuestión a una valoración en términos de disvalor de la acción.

En sí mismo, esto podría no constituir una cuestión crítica⁴⁷ si no fuera porque aquí el disvalor de acción se interpreta a la luz de un *neofinalismo* estéril que, al desplazar plenamente el fulcro del delito del hecho a la conducta, se

⁴⁵ Como señala: GARGANI, Alberto (2019). “*Jus in latenti. Profili di incertezza del diritto penale dell’ambiente*”, en *Criminalia* (2019), p. 112 y en el mismo sentido ya PEDRAZZI, ob. cit., p. 619. Perfiles estructurales que afectan también a la cognoscibilidad del precepto, como señala ROTOLI, Giuseppe. *Riconoscibilità del precetto penale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell’ambiente*. Torino: Giappichelli (2018), pp. 183 y ss.

⁴⁶ Así RUGA RIVA, Carlo. *Diritto penale dell’ambiente*. Torino: Giappichelli (2021), p. 15. Así lo subraya también GIUNTA, Fausto. “*Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale dell’ambiente*”, en *Riv. trim. dir. pen. econ.* (2003), pp. 852 ss.

⁴⁷ La referencia corre hacia: MANTOVANI, Marco. *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*. Bologna: BUP (2014), *passim*.

topa, precisamente, con una formulación normativa frágil, incapaz de sostener por sí misma la tipicidad del caso⁴⁸.

Por otro lado, en cuanto a la remisión a fuentes secundarias, también aquí el TUA presenta cuestiones críticas de no poca trascendencia que se condensan en la relación entre la regulación de la amplitud del riesgo ambiental permitido, que se concreta en actos administrativos y reglamentarios destinados a identificar el equilibrio entre los diversos intereses en juego y la intensidad del control realizable por el poder judicial⁴⁹.

De hecho, la disciplina administrativa representa el “*prius lógico*” de los delitos contra el medio ambiente, y tiene encomendada la “definición y delimitación del objeto de protección”, así como la “identificación de la frontera entre lo lícito y lo ilícito”⁵⁰.

Las determinaciones administrativas podrían constituir reglas de conducta que orienten el comportamiento del ciudadano y reglas de juicio para el juez llamado a revisar sus actuaciones⁵¹.

Pero en realidad no es así. El Derecho penal medioambiental manifiesta un cierto grado de “incertidumbre e imprevisibilidad” que depende del nivel de *accesoriedad* reservado al Derecho administrativo y de la importancia correlativa del control del juez sobre la legitimidad de la propia medida administrativa⁵².

Tras un examen más detenido y como ha señalado efectivamente la doctrina, es probable que esta relación varíe significativamente en relación con los distintos paradigmas de protección disponibles.

En primer lugar, en el marco de las infracciones previstas por el TUA, el Derecho penal ejerce una “función sancionadora y accesoria respecto del go-

⁴⁸ CONTIERI, Enrico. “Dal comportamento all’evento nella tutela penale dell’ambiente. Osservazioni in tema di bene giuridico”, en DE FRANCESCO, Giovannangelo; MORGANTE, Gaetana (ed.), *Il diritto penale di fronte alle sfide della “società del rischio”*. Torino: Giappichelli (2018), p. 36.

⁴⁹ Sobre este aspecto, en extenso, GARGANI, *Jus in latenti*, ob. cit., p. 114.

⁵⁰ GARGANI, *Jus in latenti*, ob. cit., p. 112.

⁵¹ RAMACCI, Luca. *Diritto penale dell’ambiente. Principi fondamentali. Gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, III ed., Piacenza: La Tribuna (2021), pp. 316 ss.

⁵² GARGANI, *Jus in latenti*, ob. cit., p. 117. Sobre estos aspectos véase también SILVA, Chiara. *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*. Padova: Cedam (2014), pp. 21 y ss. Sobre la relación entre juez penal y Administración pública: GAMBARDELLA, Marco. *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*. Milano: Giuffrè (2002), pp. 276 ss. y PALAZZO, Francesco (2012), “Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici”, en *Cass. pen.* (2012), pp. 1610 ss.

bierno del medio ambiente” reservada a la autoridad administrativa, que por su parte actúa a través de disposiciones de autorización que pueden identificar umbrales de riesgo lícitos⁵³.

La protección penal es una protección de las “funciones administrativas”, centrada únicamente en el “control administrativo de las actividades de riesgo”⁵⁴.

Esta elección de “dependencia y accesoriadad”, como se dijo más arriba, no debe valorarse a priori de forma negativa ya que, precisamente en estos casos y a los efectos que aquí nos ocupan, el juez ejerce una discrecionalidad limitada, vinculada a la infracción del estatuto administrativo⁵⁵. Aquí el precepto está más determinado y el ciudadano puede dirigir mejor su comportamiento conforme a los cánones establecidos.

El marco de profunda tensión de los delitos medioambientales respecto al principio de legalidad se ve agravado por la fricción que también se produce en el plano de la ofensividad.

Cualquier consideración en este sentido debe ir precedida del reconocimiento de las dificultades no resueltas que se centran en la controvertida identificación del bien jurídico protegido por las normas. Si para unos, en efecto, las disposiciones tienen por objeto la protección del medio ambiente en sí mismo, para otros, en cambio, este bien estaría protegido en una función instrumental respecto de la vida y la salud humanas o de otros intereses como los de carácter productivo o residencial⁵⁶. Es esta la vertiente práctica de la diferencia de postura constitucional entre antropocentrismo y ecocentrismo.

Sin embargo, independientemente de las tesis elegidas, un aspecto es difícilmente refutable: se trata de la “liquidez e incommensurabilidad en el espacio y en el tiempo de las formas de ofensa” contra el medio ambiente, que sin duda afectará a la estructura de las infracciones incriminadas⁵⁷.

⁵³ En este sentido GIUNTA, Fausto. “Tutela dell’ambiente (diritto penale)”, en *Enciclopedia del diritto - Annali*, II, Milano: Giuffrè, p. 1152.

⁵⁴ GARGANI, *Jus in latenti*, ob. cit., p. 118. Sobre esta accesoriadad DI LANDRO, Andrea (2018). *La responsabilità per l’attività autorizzato nei settori dell’ambiente e del territorio. Strumenti penali ed extrapenali di tutela*: Torino, Giappichelli, (2018), p. 116.

⁵⁵ GARGANI, *Jus in latenti*, ob. cit., p. 119.

⁵⁶ DE SANTIS, Giovanni (2012), *Diritto penale dell’ambiente. Un’ipotesi sistematica*. Milano: Giuffrè (2012), p. 21 ss.

⁵⁷ GARGANI, *Jus in latenti*, ob. cit., p. 129. Destaca cuestiones igualmente relevantes en el contexto del Derecho penal español OCHOA FIGUEROA, Alejandro. “Medio ambiente como bien jurídico protegido, ¿Visión antropocéntrica o ecocéntrica?”, en *Revista de derecho penal y criminología*, (2014), p. 255.

Las disposiciones del TUA parecen, en este sentido, paradigmáticas. En efecto, el legislador no elige de antemano una estrategia uniforme de protección del medio ambiente, sino que lo deja a la determinación, caso por caso, del objeto de protección.

La elusividad del bien jurídico se refleja en un complejo de faltas construidas como modelos delictivos de conducta que, favoreciendo formas de anticipación de la protección, adoptan la forma de delitos de peligro abstracto⁵⁸ destinados a reprimir conductas que en realidad podrían no ser ofensivas para el bien jurídico⁵⁹.

El intento de superar la aplicación crítica del modelo de ilícitos-falta ha llevado, también en términos de ofensividad, a resultados caracterizados por una extrema criticidad: nos referimos, una vez más, a la utilización por parte de la jurisprudencia italiana del tipo penal de catástrofe “innominata”⁶⁰, al que volveremos dentro de un momento.

5. Especialidad y legalidad administrativa en Chile: un anhelo para el ordenamiento jurídico italiano

De este cuadro, ciertamente no exhaustivo, de los aspectos disfuncionales de la relación entre el derecho penal y la disciplina administrativa que dibuja sus presupuestos de tipicidad, emerge la necesidad de que el ordenamiento italiano aprenda algunos aspectos operativos de la disciplina chilena.

⁵⁸ CONTIERI, ob. cit., p. 29. Sobre el peligro abstracto, en sentido crítico: GALLO, Marcello. “I reati di pericolo”, en *Foro pen.* (1969), pp. 1 ss.; para una primera reevaluación luego consolidada FIANDACA, Giovanni. “Note sui reati di pericolo”, en Tommaso Natale (1977), pp. 184 ss.; en sentido monográfico PARODI GIUSINO, Manfredi. *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano: Giuffrè (1990); para una reconstrucción del cuadro CANESTRARI, Stefano. “Reato di pericolo”, en *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, Roma (1991), pp. 1 ss. y ANGIONI, Francesco. *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*. Milano: Giuffrè, (1994), pp. 97 ss.; en una reconversión hermenéutica de lo abstracto en concreto CATE-NACCI, Mauro. “I reati di pericolo presunto fra diritto e proceso penale”, en DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano: Giuffrè (2006), pp. 1415 ss.; más recientemente D’ALESSANDRO, Francesco. *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*. Milano: Giuffrè (2012).

⁵⁹ RUGA RIVA, Carlo. “La nuova disciplina dei delitti ambientali”, en PELISSERO, Marco (ed.), *Reati contro l’ambiente e il territorio*. Torino: Giappichelli (2019), p. 16.

⁶⁰ En el derecho italiano se habla de catástrofe (disastro) acompañada del adjetivo innominata (no nombrada - sin nombre) para distinguir el tipo penal del art. 434 c.p., que hace referencia genérica al resultado de catástrofe, de otros tipos específicos de catástrofes que tiene una disposición propia en el Código Penal, v. gr. el desastre ferroviario (catástrofe de ferrocarriles) art. 430 c.p.

Se trata, en particular, de dos perfiles relativos, por una parte, a la procedimentalización administrativa de la protección del medio ambiente y, por otra, a la forma de sancionar las infracciones.

Como hemos visto, por un lado, la fiscalización de la normativa ambiental radicada en la Superintendencia de Medio Ambiente (art. 64 de la Ley N° 19.300), la que tiene las funciones de “ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley”.

Por otro lado, consideramos no menos fundamental la competencia de los Tribunales Ambientales establecida en el art. 17 de la Ley N° 20.600,

Las reflexiones sobre la persecución penal son considerables y ciertamente enriquecidas por la circunstancia de que la persecución penal de los delitos ambientales en Chile está encomendada a la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Delitos Medioambientales y Crimen Organizado (ULDECCO), radicada en la Fiscalía Nacional.

Ambos supuestos representan un paradigma absolutamente importante desde el que replantearse, de forma constructiva, la relación entre los distintos niveles de protección del medio ambiente.

Esta circunstancia, lejos de quedar relegada al mero plano del debate doctrinal, podría suponer un remedio decisivo frente a la deriva tomada por la jurisprudencia que, sin preocuparse en exceso por el contenido de los actos autorizatorios, elemento normativo de los casos, suele reconocer la relevancia penal de conductas adoptadas en cumplimiento de los dictados de tales actos administrativos.

Un claro ejemplo de ello es el caso, aún no resuelto en su último grado de juzgado, protagonizado en la ciudad ligure de Savona por la empresa Tirreno Power.

En dicho asunto, la G.I.P. del Tribunal de Savona había considerado inadecuados los límites de emisiones contaminantes tolerables, que la Tirreno había respetado, en virtud de la presencia de un paradigma supranacional, que indicaba límites más estrictos⁶¹.

⁶¹ BOSI, Marinella (2018). “Le best available techniques nella definizione del fatto tipico e nel giudizio di colpevolezza”, en *Dir. pen cont. - Riv. trim.*, N° 1 (2018), pp. 196 y ss.; ZIRULLIA, Stefano (2019). “Il ruolo delle Best Available Techniques (BAT) e dei valori limite nella definizione del rischio consentito per i reati ambientali”, en *Lexambiente*, 4 (2019), pp. 1 y ss.

Para un análisis más detallado, véase: ROTOLI, Giuseppe. “Modelli ‘dinamici’ di tutela dell’ambiente e responsabilità penale: problemi e prospettive”, en *Jus. Rivista di scienze giuridiche*.

Mi postura es contraria a la idea de una revisión irrestricta de la bondad de los aspectos de autorización administrativa por parte del juez penal, que se acompaña del reconocimiento de la bondad de instrumentos cautelares supletorios que pueden no ser conocidos o cognoscibles por el imputado. No solo hay que reafirmar los principios de legalidad y culpabilidad, sino también ofrecer una alta especialización de la judicatura, funcional a neutralizar las decisiones derivadas de la incapacidad de asumir el papel de *peritus peritorum*.

IV. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EL CÓDIGO PENAL: COMPARACIÓN DE LAS REFORMAS ITALIANA Y CHILENA

Nunca como en el ámbito de la protección del medio ambiente ha tenido tanto impacto lo que me atrevo a llamar la *prepotencia de la realidad*, que entra con fuerza en los asuntos de la humanidad y los enfrenta a la dramática evidencia de la insuficiencia de unos de los instrumentos elegidos para salvaguardar los bienes jurídicos más sensibles.

Este fenómeno ha impactado también en el ordenamiento jurídico italiano (y en particular en la jurisprudencia) que, en la *búsqueda del resultado*, respecto de un complejo de tipos penales de peligro según lo establecido por el TUA, había encontrado satisfacción en el Código Penal con los delitos contra

ridiche. 1 (2016), pp. 130 y ss. En resumen, el decreto de embargo preventivo de la central termoeléctrica Tirreno Power (GIP Savona, 11.03.2014, en *Dir. pen. cont*, 8.05.2014) reconstruye el marco fáctico y jurídico de referencia del siguiente modo: las emisiones de la central eran conformes con las autorizaciones administrativas expedidas en virtud de la normativa anterior al Decreto Legislativo N° 59 de 2005 (que introdujo el instrumento AIA); posteriormente, el BREF de 2006 sobre las grandes instalaciones de combustión había previsto valores límite más estrictos asociados a las BAT del sector; en 2007 se había iniciado rápidamente el procedimiento para la expedición de la primera AIA, destinada a sustituir a las autorizaciones anteriores, que sin embargo concluyó solo en 2012, debido retrasos administrativos anormales independientes de la voluntad de la empresa. A la luz del marco así reconstruido, la GIP de Savona sostuvo que el operador debería haber cumplido inmediatamente con las mejores técnicas disponibles indicadas en el BREF de 2006, sin esperar a la emisión formal de la nueva medida de autorización. Ello se basó en dos consideraciones principales: i) “no cabe contemplar, en nuestro ordenamiento jurídico italiano, ningún margen de tolerancia respecto a la causación de lesiones, muertes o daños medioambientales de tal magnitud que constituyan una catástrofe, dada la posición preeminente que debe atribuirse a los bienes de la salud y el medio ambiente respecto a la de la libertad de actividades económicas” (p. 35); ii) “en cuanto al deber jurídico de la conducta alternativa de cumplimiento de las BAT [...] debe tenerse en cuenta que todo el corpus legislativo en materia de medio ambiente se inspira, tanto a nivel comunitario como nacional, en el denominado ‘principio de precaución’” (p. 36). Para más detalles, véase también en este caso: ZIRULIA, Stefano. *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*. Milano: Giuffrè (2018), pp. 224 y ss.

la seguridad pública. En particular, el art. 434 c.p., también en su modalidad culposa castigada por el art. 449 c.p., se había mostrado como un tipo penal muy dúctil, aunque su relación con la “materia medioambiental” ha sido definida por la doctrina como “uno de los nudos hermenéuticos más atormentados del último cuarto de siglo”⁶².

En efecto, si el art. 434 C.P. castiga la catástrofe innominada al establecer que “El que, fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, cometiere un acto destinado a provocar el derrumbamiento de un edificio o de parte de un edificio u otra catástrofe será castigado, si el hecho causare peligro para la seguridad pública, con la pena de prisión de uno a cinco años. La pena será de prisión de tres a doce años si se produce el derrumbamiento o la catástrofe”, el art. 449 c.p. incide en el aspecto culposo de la conducta al establecer que: “quien, fuera de las hipótesis previstas en el segundo párrafo del art. 423 bis (incendio de un bosque) cause por negligencia [un incendio, u otra catástrofe prevista en el capítulo primero] del título correspondiente, “será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años”.

Los casos judiciales de la planta petroquímica de Porto Marghera y de las fábricas de Eternit, aunque en sus diferentes desenlaces, han desviado la estructura del delito hacia la necesidad de salvaguardar niveles de protección muy diferentes, como el medio ambiente, la seguridad pública y la salud colectiva, haciendo coincidir así la noción de catástrofe medioambiental, judicialmente creada, con un “delito genérico contra la salud colectiva”⁶³. La conformidad del hecho histórico con el esquema jurídico parece ser muy débil.

Sin embargo, fueron precisamente los complejos y controvertidos acontecimientos procesales que han caracterizado la represión penal de la conducta de catástrofe medioambiental relacionada con las muertes de personas que habían inhalado el polvo de amianto liberado en el aire por las plantas industriales de Eternit, los que han puesto de manifiesto todos los límites de la disciplina del código.

⁶² Así, PADOVANI, Tullio. “Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l’ambiente”, en *Guida al dir.*, 32 (2015), pp. 12 ss. En este sentido: GARGANI, Alberto (2018). “Il rischio nella dinamica dei reati contro l’incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto”, en DE FRANCESCO, Giovannangelo; MORGANTE, Gaetana (ed.), *Il diritto penale di fronte alle sfide della “società del rischio”*. Torino: Giappichelli (2018), p. 11. En particular, sobre el caso del art. 434 c.p. en relación con la protección del medio ambiente GARGANI, Alberto (2016). “Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni”, en *Cass. pen.*, (2016), pp. 2705 ss.

⁶³ En este sentido: GARGANI, Alberto, *Fattispecie deprivata. Disastri innominati e atipici in materia di ambiente*, en www.legislazionepenale.eu (2020).

*1. Génesis de la modificación introducida
por la Ley N° 68 de 2015*

El inicio de la causa judicial a la que me refiero se remonta a 2009, cuando Stephan Schmidheiny y Louis De Cartier De Marchienne fueron llamados a responder –como gerentes de las plantas de procesamiento de amianto situadas en Cavagnolo (Torino), Casale Monferrato (Alessandria), Bagnoli (Napoli) y Rubiera (Reggio Emilia) pertenecientes a la empresa Eternit S.p.A.– por los delitos de omisión dolosa de adoptar precauciones contra los accidentes laborales [art. 437 c.p., epígrafe A) del auto de procesamiento] y de catástrofe dolosa [art. 434 c.p., epígrafe B) del auto de procesamiento], agravados por las catástrofes y lesiones ocurridas.

Con sentencia de 13 de febrero de 2012, el Tribunal de Turín declaró que los acusados no debían ser procesados: a) por las infracciones penales del apt. A), cometidas hasta el 13 de agosto de 1999; b) por las infracciones penales del apt. B), cometidas en Rubiera y en Bagnoli, porque se habían extinguido por prescripción. En cambio, el mismo Tribunal declaró a ambos acusados culpables: a) de los delitos que se les imputaban en el apt. A), relativos a hechos ocurridos después del 13 de agosto de 1999; b) de los delitos que se les imputaban en el apt. B) cometidos: i) en cuanto a Schmidheiny, a partir del 27 de junio de 1966 en todas las plantas industriales; ii) en cuanto a De Cartier, a partir del 18 de septiembre de 1974 para los emplazamientos de Cavagnolo y Casale Monferrato. Finalmente, el Tribunal de Turín, reconociendo la continuidad de los delitos, condenó a los acusados a diecisésis años de prisión por cada uno de los accidentes ocurridos⁶⁴.

Tras el recurso interpuesto por el Ministerio Público, el Fiscal general de Turín, los acusados, los responsables civiles y algunas partes civiles que habían comparecido ante el Tribunal, la Corte de Apelaciones de Turín, con sentencia de 3 de junio de 2013, reformando parcialmente las resoluciones del Tribunal, absolvió a ambos acusados por los hechos que se les imputaban hasta el 27 de junio de 1966 –y a De Cartier en relación con los hechos referidos la planta de Rubiera– por no cometerlos⁶⁵. Con respecto a los demás hechos, la Corte de Apelaciones de Turín declaró que no se siguiera en el juicio contra De Cartier debido a su muerte y, en consecuencia, revocó las penas accesorias y las con-

⁶⁴ Véase Trib. Turín, 13 de febrero de 2012, Pres. Casalbore, imp. Schmidheiny y otros, en *DeJure*.

⁶⁵ Véase Corte d’Appello di Torino, 3 de junio de 2013, Pres. Oggé, imp. Schmidheiny, en *DeJure*.

denas civiles establecidas contra él y el responsable civil (Grupo Etex S.A.). Schmidheiny fue absuelto de los delitos que se le imputaban para el período comprendido entre el 27 de junio de 1966 y finales de mayo de 1976, por no haber cometido los hechos. Se declaró la no prosecución del juicio contra él en relación con el resto de la infracción del apt. A (omisión dolosa de las precauciones contra los accidentes de trabajo), por prescripción. En cambio, Schmidheiny fue declarado responsable del delito continuado contemplado en el art. 434, párrafo 2 c.p., limitado a conductas posteriores a mayo de 1976, también con referencia a los siniestros dolosos ocurridos en Bagnoli y Rubiera y, en consecuencia, se condenó la pena final de 18 años de prisión.

A raíz de un recurso de casación interpuesto tanto por el acusado Schmidheiny como por los demandados civiles y algunas partes civiles, la *Corte di Cassazione*, con sentencia N° 7941 de 19 de noviembre de 2014, refutando los criterios utilizados por la primera y segunda instancia para calcular el plazo de prescripción del delito (residual) contemplado en el art. 434 c.p., con especial referencia a la identificación del *dies a quo* del inicio del plazo, anuló sin remisión la sentencia recurrida contra el acusado Schmidheiny por entender que este delito también se extinguió por prescripción antes que se dictara la sentencia de primera instancia⁶⁶.

Fue precisamente esta incisión, contenida en los fundamentos de la sentencia del Tribunal Supremo, la que llevó a la Fiscalía del Tribunal de Turín a incoar un segundo proceso penal, denominado “Eternit bis”, relativo al delito de homicidio doloso múltiple continuado en relación con las muertes que ya se habían producido en el momento de la conclusión del primer proceso (y obviamente referibles a los períodos de gestión de la empresa por parte del imputado), junto con las muertes que se habían producido durante su curso, ya que debido a los largos procesos de latencia de la asbestosis y el mesotelioma pulmonar, otras personas enfermas habían fallecido.

La solicitud de acusación pudo radicarse nuevamente ante un juez debido al hecho que el homicidio doloso en Italia es un delito imprescriptible. El juicio “Eternit bis” empezó en mayo de 2015 ante G.I.P. de Turín, identificándose dicho distrito judicial competente para todas las plantas industriales de conformidad con los arts. 12 lett. b) y 16 del Código de Procedimiento Penal⁶⁷.

⁶⁶ Véase Cass. pen. sez. I, 19 de noviembre de 2014 (dep. 23 de febrero de 2015), N° 7941, Pres. Cortese, Est. Di Tomassi, imp. Schmidheiny, en este diario, accesible en este enlace.

⁶⁷ Para completar: Art. 12 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal “Casos de conexión - Hay conexión de actuaciones: a) si el delito por el que se persigue ha sido cometido por varias

El primer grado de juicio terminó hace poco, debido a los atrasos en la administración de la justicia causados por la pandemia de Covid 19. Stephan Schmidheiny fue condenado a 12 años de prisión por muertes relacionadas con el amianto; el delito pasó de homicidio doloso a homicidio culposo. Este fue el veredicto del Tribunal de lo Penal de Novara en el juicio Eternit *bis* por la muerte de 392 personas víctimas de la exposición al mineral en la zona de Casale Monferrato. Schmidheiny también fue condenada a indemnizar con 50 millones de euros al municipio de Casale, con 30 millones al Estado italiano y con cientos de millones a las familias de las víctimas⁶⁸.

De las cenizas de este penoso asunto, mientras aún tenía lugar el primer juicio, el legislador italiano encontró el insumo definitivo para dictar una nueva normativa (Ley N° 68 de 2015 que introduce el Capítulo VI *bis* del Código Penal) que, rindiendo homenaje a la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, aspiraba a constituir un núcleo de protección fundamental frente a macroeventos de los que el medio ambiente podría sufrir⁶⁹.

Las normas del nuevo Capítulo VI *bis* se estructuran del siguiente modo: art. 452 *bis* - Contaminación ambiental; art. 452 *ter* - Muerte o lesiones como consecuencia del delito de contaminación ambiental; art. 452 *quater* - Catástro-

personas concurriendo o cooperando entre sí, o si varias personas con conductas independientes han determinado el hecho; b) si a una persona se le imputan varios delitos cometidos con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones ejecutoras de un mismo designio criminal [...].

Art. 16 del Código de Procedimiento Penal “Competencia por territorio determinada por conexión. La competencia por territorio para los procedimientos conexos respecto de los cuales varios jueces sean igualmente competentes corresponderá al juez competente para la infracción más grave y, en caso de igual gravedad, al juez competente para la primera infracción [...]”.

⁶⁸ La sentencia se dictó el 7 de junio de 2023 y estamos a la espera de su publicación.

⁶⁹ Sobre la transposición de las directivas véase: RUGA RIVA, Carlo. “Il recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell’ambiente. Grandi novità per le persone giuridiche, poche per le persone fisiche”, en *Dir. pen. cont.* 29 de abril (2011); Id. “Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell’ambiente. Nuovi reati, nuova responsabilità dell’ente da reato ambientale”, en *Dir. pen. cont.* 8 de agosto (2011); SIRACUSA, Licia. “L’attuazione della direttiva europea sulla tutela dell’ambiente tramite il diritto penale”, en *Dir. pen. cont.* 22 de febrero (2011); Id., “La competenza comunitaria in ambito penale al primo banco di prova: la direttiva europea sulla tutela penale dell’ambiente”, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, (2008), p. 863; MADEO, Antonella. “Un recepimento solo parziale della Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell’ambiente”, en *Dir. pen. proc.*, (2011), pp. 1052 y ss. Así como: SCOLETTA, Marco. “Obblighi europei di criminalizzazione e responsabilità degli enti per reati ambientali”, en *Riv. giur. amb.* (2012), p. 17.

fe ambiental; art. 452 *quinquies* - Delitos culposos contra el medio ambiente; art. 452 *sexies* - Tráfico y abandono de material altamente radiactivo; art. 452 *septies* - Impedimento de control; art. 452 *octies* - Circunstancias agravantes; art. 452 *novies* - Agravante de delito contra el medio ambiente; art. 452 *decies* - Circunstancias agravantes; art. 452 *undecies* - Decomiso; art. 452 *duodecies* - Restauración del estado de los lugares; art. 452 *terdecies* - Incumplimiento de la obligación de limpieza; art. 452 *quaterdecies* - Actividades organizadas para el tráfico ilegal de residuos.

Centrando nuestra atención en los cuatro primeros artículos del nuevo Título, se identifican tipos penales de resultado punibles por dolo y negligencia destinados a sancionar conductas que causan daños especialmente generalizados al medio ambiente.

2. La reforma italiana: una oportunidad perdida

Desgraciadamente, el legislador italiano ha perdido una oportunidad importante para ofrecer al medio ambiente una protección rigurosa, eficaz y sistemática, optando, en su lugar, por soluciones de compromiso contrarias a unos principios de la responsabilidad penal⁷⁰.

En efecto, la Ley N° 68 de 2015 no ha sido suficiente para asegurar la creación de un modelo de incriminación basado en los sólidos presupuestos de tipicidad de los que carecían y siguen careciendo todavía los tipos penales contenidos en el TUE⁷¹.

Paradigmáticos son los casos de los arts. 452 *bis*⁷² y 452 *quater*⁷³ que, como se ha dicho, sancionan respectivamente las conductas de contaminación ambiental y de catástrofe ambiental⁷⁴.

⁷⁰ BELL, Alexander H.; VALSECCHI, Alfio. “Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio”, en *Dir. pen cont. - Riv. trim.*, N° 2 (2015), p. 81. En este sentido también: DE FALCO, Giuseppe. “Delitti contro l’ambiente: tra incongruenze normative e difficoltà probatorie il margine di rischio per imputati ed enti non sembra così ampio”, en *Resp. amm. soc. enti*, 1, (2016), p. 9; PATERNITI, Filippo. “Politiche legislative di prevenzione e delitti contro l’ambiente”, en *Resp. amm. soc. enti*, (2015), p. 38.

⁷¹ Como señala ásticamente PADOVANI, ob. cit., pp. 10 ss.

⁷² Art. 452 bis. Inquinamento ambientale. I È punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 10.000 a euro 100.000 chiunque abusivamente cagiona una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili: 1) delle acque o dell’aria, o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo; 2) di un ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna. II. [omissis]

⁷³ Art. 452-quáter. Disastro ambientale. I Fuori dai casi previsti dall’articolo 434, chiunque abusivamente cagiona un disastro ambientale è punito con la reclusione da cinque a quindici anni.

Esta última, en particular, no respeta el mandato de determinación, pues la formulación lingüística elegida, entre otras cosas, no permite aislar parámetros valorativos capaces de delimitar claramente su operatividad respecto del tipo penal vigente antes de 2006⁷⁵.

Se trata de una *lex in-certa*, con disposiciones sumarias e indeterminadas que limitan la posibilidad de garantizar una revisión judicial penal obsequiosa de los límites de lo penalmente relevante identificados por las decisiones administrativas de autorización.

Las normas de la Ley N° 68 de 2015 crean un “paradigma intermedio” entre la protección de la función administrativa y un modelo puro, debido a la presencia de una cláusula especial de ilicitud, que se identifica con la abusividad de la

Costituiscono disastro ambientale alternativamente: 1) l’alterazione irreversibile dell’equilibrio di un ecosistema; 2) l’alterazione dell’equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali; 3) l’offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l’estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo. II. [omissis].

⁷⁴ Sobre cuestiones críticas, ex multis: RUGA RIVA, Carlo. “Il nuovo disastro ambientale: dal legislatore ermetico al legislatore logorroico”, en *Cass. pen.*, (2016), pp. 4635 y ss.; CORNACCHIA, Luigi. “Inquinamento ambientale”, en CORNACCHIA, Luigi; PISANI, Nicola (eds.), *Il nuovo diritto penale dell’ambiente*. Bologna: Zanichelli (2018), pp. 102 y ss.; PISANI, Nicola. “Il nuovo disastro ambientale”, *ivi*, pp. 112 y ss.; ACCINNI, Giovanni Paolo. *Disastro ambientale (dall’horror vacui all’horror pleni)*, Milano: Giuffrè (2018), pp. 130 y ss. PAVICH, Giuseppe. “I reati di inquinamento ambientale e disastro ambientale: prime questioni interpretative”, en *Cass. pen.*, 1, (2017), p. 405, así como: FIMIANI, Pasquale. *La tutela penale dell’ambiente*, Milano: Giuffrè (2015), p. 85.

CARUSO, Giovanni. “Ambiente (Riforma penale)”, en *Dig. Disc. Pen., Aggiornamento*, Torino: UTET (2016), p. 93.

⁷⁵ Son consideraciones de DE SANTIS, Giovanni, ob. cit., pp. 21 y ss. Sobre este tema véase: CARUSO, ob. cit., pp. 73 ss.; RUGA RIVA, Carlo. *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*. Torino: Giappichelli (2015); PADOVANI, ob. cit., p. 10; SIRACUSA, Licia. “La legge 22 maggio 2015 n. 68 sugli ‘ecodelitti’: una svolta quasi epocale per il diritto penale dell’ambiente”, en *Dir. pen. cont.* 9 de julio (2015); AMARELLI, Giuseppe. *La riforma dei reati ambientali. Luci ed ombre di un intervento a lungo atteso*, en *Dir. pen. cont.* 30 de julio (2015); RAMACCI, Luca. “Prime osservazioni sull’introduzione dei delitti contro l’ambiente nel codice penale e le altre disposizioni della legge 22 maggio 2015 n. 68”, en www.lexambiente.it (2015). Más en general, sobre la literatura penal pertinente: CATENACCI, Mauro. “I delitti contro l’ambiente fra aspettativa e realtà”, en *Dir. pen. proc.* (2015), p. 1073; Id. *I reati in materia ambientale*, en FIORELLA, Antonio (dir.) *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*. Torino: Giappichelli (2013), pp. 314 y ss.; BERNASCONI, Costanza. *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Pisa: ETS (2008); GIUNTA, *La tutela*, ob. cit., p. 1153; RAMACCI, Luca. *Diritto penale dell’ambiente*, Padova, Cedam (2007); SIRACUSA, Licia. *La tutela penale dell’ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano: Giuffrè (2007); GIUNTA, Ideologie, ob. cit., p. 845; INSOLERA, ob. cit., p. 737. Reflexiones aún de actualidad en CATENACCI, Mauro. *La tutela penale dell’ambiente*, Padova: Cedam (1996).

conducta, coincidente con la violación de los autos administrativos dirigidos a regular los equilibrios entre los bienes protegidos⁷⁶.

La abusividad de la conducta, identificada con el adverbio “abusivamente”, debe orientar una valoración en términos normativos, no naturalistas. El marco de la legalidad, es decir, el límite del riesgo legal, ya ha sido identificado por la autoridad administrativa y esto debería ser suficiente para impedir una revisión significativa por parte del juez.

En la praxis, sin embargo, las cosas no están así. La descualificación de la función “discrecional” de la disposición, introducida a través de la cláusula especial de ilegalidad, conduce a una discrecionalidad judicial que reniega del principio de separación de poderes en nombre de la citada “prepotencia de la realidad” y de facultades éticas expresivas únicamente de un mal disimulado de nefasto cautelarismo⁷⁷.

Otros aspectos que han levantado críticas por la doctrina italiana se relacionan con la conformidad de la ley con el principio de ofensividad⁷⁸.

El art. 452 *quinquies* c.p., recordemos, establece que: “1. Si alguno de los hechos contemplados en los arts. 452 bis y 452 quater se comete por imprudencia, las penas previstas en dichos artículos se reducirán entre un tercio y dos

⁷⁶ En este sentido GIUNTA, Fausto. “Il diritto penale dell’ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, (1997), pp. 1107 ss.

⁷⁷ En la actualidad, el tema es objeto de numerosas aportaciones doctrinales: en relación con los trabajos monográficos, véase CONSORTE, Francesca. *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*. Torino: Giappichelli (2013); CORN, Emanuele. *Il principio di precauzione. Studio sui limiti all’anticipazione della tutela penale*. Torino: Giappichelli (2013); CASTRONUOVO, Donato. *Principio di precauzione e diritto penale: paradigmi di incertezza nella struttura del reato*. Roma: Aracne (2012); MASULLO, Maria Novella. *Colpa e precauzione nel segno della complessità: teoria e prassi nella responsabilità dell’individuo e dell’ente*, Napoli: ESI (2012). También: CASTRONUOVO, Donato. “Principio di precauzione e beni legati alla seguridad. La logica precauzionale come fattore espansivo del ‘penale’ nella giurisprudencia della Cassazione”, en *www.penalecontemporaneo.it*, ahora también en Grasso, Giovanni et alii (dir.), *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*. Milano: Giuffrè (2011); C. PONGILUPPI, Caterina. “Principio di precauzione e reati alimentari. Riflessioni sul rapporto ‘a distanza’ tra disvalore d’azione e disvalore di evento”, en *Riv. trim. dir. pen. econ* (2010), pp. 225 ss.; GIUNTA, Fausto. “Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione”, en *Criminalia*, 2006, pp. 227 y ss.; FORTI, Gabrio. “Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione”, en *Criminalia* 2006, pp. 155 y ss.; RUGA RIVA, Carlo. “Principio di precauzione e diritto penale”, en Dolcini, Emilio; Paliero, Carloenrico (ed.), *Scritti in onore di Marinucci*, II, Milano: Giuffrè (2006), pp. 1754 ss.; GIUNTA, Fausto. “¿Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotriplanti”, en *Dir. pubbl.* (2003), pp. 162 ss.

⁷⁸ Sobre la reforma D’ALESSANDRO, Francesco. “La tutela penale dell’ambiente tra passato e futuro”, en *Jus. Rivista di Scienze giuridiche*, 1, (2016), pp. 83 y ss.

tercios. 2. Si el peligro de contaminación del medio ambiente o de catástrofe ecológica deriva de la comisión de los actos mencionados en el apartado anterior, las sanciones se reducirán de otro tercio”.

Los dos apartados merecen consideraciones separadas. El primero, en deferencia al rango concedido al bien jurídico del medio ambiente, lo protege de las agresiones culposas, incluso por culpa leve.

La Directiva 2008/99 que, recordemos, inspiró los proponentes de la Ley N° 68/2015 exigía, como *estándar* subjetivo mínimo, la represión por negligencia grave, dejando libertad a los distintos países para transponer formas de protección más estrictas. Esto es lo que hizo Italia, que, de forma criticable pero ciertamente no incoherente con la estructura general del sistema represivo, decidió dar cabida a la negligencia leve.

La doctrina, además, considera que pese a la remisión indirecta al concepto de abusividad y, por tanto, a un paradigma normativo, como hemos visto, positivizado, la conducta también puede ser sancionada por aquella forma de culpa que en Italia (como se especificará más adelante) se indica como *genérica*⁷⁹.

Sin embargo, las mayores preocupaciones coagulan en el segundo párrafo del art. 452 *quinquies*, que penaliza nada menos que un “caso de... peligro de peligro”⁸⁰!

En el afilato de garantizar una protección de vanguardia al bien jurídico del medio ambiente, el legislador quizá no se percató de que había creado una norma caracterizada por tan escasos márgenes de aplicabilidad, ya que reprimía el *peligro de poner en peligro* la seguridad pública, en claro desafío a los dictados impuestos al principio de ofensividad⁸¹.

En fin, incluso el principio de culpabilidad termina en contraste con este sistema de represión de los delitos ambientales. Su observancia se ve comprometida por determinados perfiles estructurales del delito que intentaremos destacar aquí⁸².

Justamente por la naturaleza elusiva del bien jurídico y la difícil connotación del de la conducta ofensiva, se genera la necesidad de reprimir los delitos centrados en la ocurrencia de un “*macroevento*” (macro-resultado), lo que determina

⁷⁹ Así lo subraya: RUGA RIVA, *La nuova disciplina*, ob. cit., p. 109.

⁸⁰ En sentido crítico RUGA RIVA, *La nuova disciplina*, ob. cit., pp. 110 y ss.

⁸¹ BELL; VALSECCHI, ob. cit., p. 14. En sentido crítico también: GARGANI, Alberto. “Delitti di pericolo personale e individuale. Osservazioni in prospettiva di riforma”, en *Legislazione penale*, 9 de septiembre (2020), p. 6.

⁸² Perfiles críticos también planteados por RUGA RIVA, Carlo. “Parte generale”, en PELISSERO, Marco (ed.), *Reati contro l’ambiente e il territorio*. Torino: Giappichelli (2019), p. 46.

a su vez cierta dificultad de atribuir una responsabilidad penal que pueda ser verdaderamente personal.

En efecto, más allá de los aspectos subjetivos del reproche, se encuentran obstáculos considerables, en particular, en la reconstrucción de esa “compleja ‘genealogía’ de las posiciones de garantía” que conduce a una “dificultad para personalizar el juicio de culpabilidad”⁸³.

La estratificación recurrente de diferentes niveles de ofensa funcionales a la producción de un acontecimiento, especialmente una catástrofe, implica la co-presencia fisiológica de varios *garantes cuya* contribución aparece teleológicamente ligada a la figura de una “macro-conducta unitaria”⁸⁴ capaz de desbordar los frágiles límites de la adscripción auténticamente personal de la responsabilidad penal.

Llegados a este punto, al intentar reunir en una sola composición las diversas imágenes de esta disciplina tan articulada y multiforme, nos parece que podemos afirmar que los nuevos tipos penales, que el Parlamento aprobó con el intento de mejorar la protección sistémica del medio ambiente, se caracterizan también por profundas *vulneraciones* de los principios de legalidad, ofensividad y culpabilidad. Dicha circunstancia no sólo debe preocupar al penalista sino a toda la comunidad.

Además, el hecho de que ni siquiera la Ley N° 68 de 2015 haya podido remediar un marco de protecciones que dista mucho de ser eficaz es una circunstancia conocida también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En la sentencia Cordella y otros contra Italia (caso de la empresa Ilva en Taranto) en efecto, el Tribunal declaró que Italia había violado el derecho a la intimidad (art. 8 CEDH) y el derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH) en perjuicio de más de ciento sesenta personas que vivían en las zonas cercanas a la planta siderúrgica. Examinando los datos epidemiológicos sobre la situación sanitaria de las poblaciones expuestas y comparándolos con la denominada legislación “salva-Ilva” promulgada desde 2012, el TEDH puso de relieve cómo las autoridades italianas no habían logrado identificar un equilibrio razonable entre el interés de las personas en el “bienestar” y la “calidad de vida” y el de la empresa en la continuación de la producción⁸⁵.

⁸³ GARGANI, *Il rischio*, ob. cit., p. 25.

⁸⁴ GARGANI, *Il rischio*. ob. cit., p. 26.

⁸⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sala Primera, asunto Cordella y otros contra Italia, (recursos N°s. 54414/13 y 54264/15), texto disponible en <https://archiviodpc.dirittoppenaleuomo.org/upload/8890-cordella-e-altri-c.-italia.pdf>. Sobre las cuestiones relacionadas con el caso Ilva, por todos, CATENACCI, Mauro. “Il ‘caso ILVA’ nel difficile rapporto fra governo e tutela penale dell’ambiente”, en BORSARI, Riccardo (ed.), *Itinerari di diritto penale dell’economia*,

3. Reforma chilena de Medio Ambiente

No disímiles demandas de protección caracterizaron la reflexión que llevó a aprobar la Ley N° 21.595 que sistematiza los delitos económicos y atentados contra el medio ambiente en Chile.

Al igual que en el caso de la ley italiana de 2015, el legislador chileno, en deferencia a la reserva del Código, dispuso la inclusión de toda la disciplina en el Párrafo XIII del Título Sexto del Libro Segundo, que sufre así un cambio radical con respecto a su contenido anterior.

Dejando de lado, por razones de espacio, a la responsabilidad de las personas jurídicas, para concentrarnos en la responsabilidad de las personas físicas, intentaremos dar una interpretación de las normas más relevantes, en clave de comparación con el ordenamiento italiano.

La primera norma nueva va a ser el art. 305, es decir, un tipo penal de peligro que sanciona a quien “sin haber sometido su actividad a una evaluación de impacto ambiental a sabiendas de estar obligado a ello: 1. Vierta sustancias contaminantes en aguas marítimas o continentales; 2. Extraiga aguas continentales, sean superficiales o subterráneas, o aguas marítimas; 3. Vierta o deposite sustancias contaminantes en el suelo o subsuelo, continental o marítimo; 4. Vierta tierras u otros sólidos en humedales; 5. Extraiga componentes del suelo o subsuelo; 6. Libere sustancias contaminantes al aire”.

La disposición sanciona con pena privativa de libertad el incumplimiento de los dictados de la procesalización de la protección ambiental, considerándose como delito en sí mismo que las actividades a realizar no se sometieran a una solicitud de autorización, *rectius* de estudio de impacto ambiental, prescrita por la ley.

Volvemos aquí al tema de la vinculación entre la tutela administrativa y la tutela penal, que en este caso aparece como plenamente accesoria de la primera. En efecto, no es relevante para que haya delito que el no sometimiento al procedimiento de evaluación haya causado daños a la matriz ambiental para que exista la relevancia penal.

De acuerdo con un paradigma abstracto de peligrosidad, la no sujeción a evaluación se considera potencialmente perjudicial para un amplio abanico de

Padova: PUP (2018), pp. 58 y ss.; RUGA RIVA, Carlo. “Caso Ilva: avvelenamento e disastro dolosi”, en FOFFANI, Luigi; CASTRONUOVO, Donato (ed.) *Casi di diritto penale dell’economia*, II, *Impresa e sicurezza*, Bologna: Il Mulino (2015), pp. 149 y ss.; Id. “Ilva caso: profili ambientali-penali”, en www.lexambiente.it (2014); PICILLO, Antonio. “Tra le ragioni della vita e le esigenze della produzione: l’intervento penale e il caso Ilva di Taranto”, en www.archivioopenale.it, n. 1 (2013), pp. 1 y ss.

matrices ambientales, abarcando todos los aspectos más sensibles antes fragmentados en la normativa de la que hemos discutido⁸⁶.

Los perfiles de perplejidad se refieren necesariamente a la faceta de daño potencial, que no parece fácil de identificar en una norma que, por tanto, podría parecer escrita para proteger meras funciones administrativas. Esta circunstancia se refuerza a la luz del segundo apartado, en el que se prevé un considerable incremento de pena para los que reinciden realizando las conductas sin autorización.

Otro aspecto de interés se refiere al elemento subjetivo de la infracción, que se castiga por dolo. De hecho, la norma sólo castiga a quienes viertan o extraigan los elementos ambientales taxativamente enumerados sin la preceptiva evaluación de impacto ambiental que sabían que debían solicitar. Este es el sentido que puede darse a la expresión “a sabiendas”. En nuestra opinión, la connotación subjetiva reforzada afecta no sólo a la intensidad del dolo, que no puede coincidir con la mera aceptación del riesgo de que deba solicitarse una autorización, sino también al error. Siendo la duda habitualmente irrelevante, el error bien podría jugar aquí a favor del sujeto que no es plenamente consciente de sus deberes⁸⁷.

Se trata de un perfil de absoluta importancia que caracteriza una peculiar deferencia al principio de culpabilidad, que a menudo se ve excluida en los casos en que se aplica la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley en ámbitos en los que el marco legislativo y reglamentario parece engoroso y en constante cambio.

No menos interés despierta el art. 306 c.p., en virtud del cual las penas del primer párrafo del art. 305 se aplican también a quienes “contando con autorización para verter, liberar o extraer cualquiera de las sustancias o elementos mencionados en los números 1 a 6 del art. 305, incurriere en cualquiera de los hechos allí previstos, contraviniendo una norma de emisión o de calidad ambiental, incumpliendo las medidas establecidas en un plan de prevención, de descontaminación o de manejo ambiental, incumpliendo una resolución de calificación ambiental, o cualquier condición asociada al otorgamiento de la autorización, y siempre que el infractor hubiere sido sancionado administrativamente en, al menos, dos procedimientos sancionatorios distintos, por

⁸⁶ Sobre el paradigma del peligro, véase MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Manual de derecho penal chileno. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch (2021), pp. 318 y ss.

⁸⁷ Sobre estos aspectos, en la doctrina italiana, MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., Padova: Cedam (2020), pp. 396 y ss. Sobre los aspectos de la culpabilidad en el derecho penal chileno MATUS ACUÑA; RAMÍREZ GUZMÁN, ob. cit., pp. 373 y ss.

infracciones graves o gravísimas, dentro de los diez años anteriores al hecho punible y cometidas en relación con una misma unidad sometida a control de la autoridad”.

Se trata de un supuesto de rara peculiaridad a la luz del cual, el peligro causado por el incumplimiento de las prescripciones contenidas en una disposición reglamentaria o autorizatoria sólo es penalmente típico en presencia de una reiteración de la conducta ya sancionada administrativamente.

Aquí, el nivel de accesoriedad del Derecho penal respecto del Derecho administrativo es realmente elevado, siendo este último el responsable de la tipicidad penal del peligro sancionado y de la punibilidad del mismo⁸⁸.

Se declina así la responsabilidad penal para un “tipo de infractor administrativo”, respecto del cual ya ha intervenido dos veces el régimen sancionador administrativo, con dos procedimientos sancionadores distintos que han dado lugar a dos sanciones por infracciones medioambientales de carácter grave o muy grave.

El delito administrativo habitual parece recordar la disciplina estadounidense de la reincidencia que sigue el conocido adagio de “*three strikes and you’re out*”. En este caso no es ciertamente el vínculo de pertenencia del infractor a la comunidad lo que está en juego, por así decirlo, poniéndole en la condición de no hacer daño, sino la infracción administrativa grave o muy grave que se comete tres veces en diez años sobre la misma matriz ambiental controlada por la misma administración tiñe la conducta de un disvalor penal⁸⁹.

Esta conducta reiterada, concebida según una disciplina que afecta tanto a la naturaleza de la infracción habitual como a la de la reincidencia, nos parece tanto más peculiar por el contexto en el que se inscribe.

⁸⁸ Según el esquema de la norma penal en blanco. Por todos, en el derecho chileno: CURY URZÚA, Enrique. *La ley penal en blanco*, Bogotá: Editorial Temis (1988); GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, 16 (1992-1993), pp. 63 y ss.; ORTIZ QUIROGA, Luis. “De la conducta requerida en las leyes penales en blanco”, en VAN WEEZEL, Alex (ed.) *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*. Santiago: Legal Publishing Chile (2013), pp. 143-62; ZÚÑIGA MORALES, Sandra Eugenia. “Cuando las Normas Penales en Blanco Vulneran el Principio de Legalidad”, en *Revista de Derecho (Nic.)*, 8, (2004), p. 161.

⁸⁹ Este eslogan fue utilizado por primera vez en 1993 por el entonces presidente de EE.UU. Bill Clinton durante su discurso anual al Congreso, el Discurso sobre el Estado de la Unión; en Schiraldi, Colburn, Lotke, *Three Strikes and You’re Out: an Examination of the Impact of 3-Strike Laws 10 Years After Their Enactment*, A Policy Brief From The Justice Policy Institute, septiembre de 2004. La literatura en el campo de los tres strikes es interminable. Un ejemplo es: ZIMRING, Franklin E.; HAWKINS, Gordon; KAMIN, Sam. *Punishment and Democracy: three strikes and you’re out in California*, Oxford: Oxford University press, (2001).

La protección del medio ambiente, como hemos dicho, presenta aspectos particularmente controvertidos ligados a la atribución de la tipicidad penal a la autoridad administrativa llamada a expresar el equilibrio entre los diferentes riesgos que insisten en una matriz ambiental. Normalmente, por tanto, la gestión de tales matrices constituye una actividad riesgosa pero lícita en donde el incumplimiento de un perfil de aplicación podría decirse que dibuja una “conducta dolosa con riesgo permitido”.

La afirmación, intencionadamente provocadora, implica, sin embargo, una consideración difícilmente refutable: el legislador chileno ha subordinado sabiamente la relevancia penal del incumplimiento de todos o parte de los aspectos autorizatorios, porque en la disciplina del medio ambiente, el ámbito de discrecionalidad administrativa en la identificación del equilibrio entre los riesgos y las posiciones subjetivas sacrificadas no garantiza por sí mismo un paradigma valorativo susceptible de elevarse sin mediaciones de ningún tipo a una tipificación penal plena y compartida.

La discrecionalidad administrativa no puede identificar un desvalor de acción (ni un desvalor de resultado) cuya potencialidad de ofensa pueda, sin ulterior valoración, elevarse por sí misma a un desvalor penal respetuoso del principio de *extrema ratio*. Por ello, el legislador chileno centra la represión penal en el tipo de autor: sólo aquel que manifiesta reiteradamente desprecio por la integridad de la matriz ambiental protegida aparece como merecedor de sanción penal con independencia del resultado, en términos de disvalor de hecho (de peligro) de su *hacer u omitir*.

Las sanciones previstas en el apartado primero del nuevo art. 305 se aplican también al peligro causado a la matriz hídrica cuando se incumplan las prescripciones administrativas y se den los siguientes supuestos: “1. Habiéndose establecido por la autoridad la reducción temporal del ejercicio de esos derechos de aprovechamiento; 2. En una zona que haya sido declarada zona de prohibición para nuevas explotaciones acuíferas, haya sido decretada área de restricción del sector hidrogeológico, que se haya declarado a su respecto el agotamiento de las fuentes naturales de aguas o se la haya declarado zona de escasez hídrica”.

El abandono del paradigma del peligro en favor de la protección contra los daños causados a las matrices medioambientales del agua, el suelo y el aire se expresa en cambio en el art. 308 c.p. La referencia al perfil administrativo de la protección, que no ha sido observado por el autor, describe la tipicidad de la conducta mediante la remisión a las disposiciones anteriores de las que se hace depender la cantidad de pena.

Más bien, lo que llama la atención aquí, como ya hemos visto, es que el desvalor del resultado que da lugar a una sanción penal tiene su origen en el desvalor del hecho que produce un daño grave.

Este umbral cuantitativo, al que se vincula la tipicidad del daño, cumple una función selectiva de la relevancia penal del daño efectivo al medio ambiente y sitúa en un plano distinto y ciertamente original el debate que desde hace tiempo se viene desarrollando, tanto en el Derecho italiano como en el español, sobre la gravedad de la culpa como límite de la tipicidad penal⁹⁰.

Y es precisamente el art. 309 al que el legislador entrega la represión por culpa de los daños graves causados a las matrices medioambientales enumeradas en el art. 308.

La disposición resume las distintas declinaciones de los arts. 490, 491 y 492 del Código Penal chileno y recoge también por completo sus aspectos críticos, con algunas particularidades adicionales.

La norma sanciona la responsabilidad de quien actúe “por imprudencia temeraria o por mera imprudencia o negligencia con infracción de los reglamentos incurriere en los hechos señalados en el artículo anterior”. La sanción se articula del siguiente modo: “1. Con la pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo, si la afectación grave fuere perpetrada concurriendo las circunstancias previstas en los arts. 305, 306 o 307; 2. Con la pena de presidio o reclusión menor en cualquiera de sus grados en los casos no comprendidos en el número precedente”.

La atención del intérprete puede centrarse ahora en los dos aspectos de la relación entre las nociones de imprudencia y negligencia y entre éstas y el incumplimiento de la normativa.

Haber actuado con *imprudencia* y *negligencia* representa el verdadero núcleo fundamental del reproche a título de culpa, ya que identifica aquella violación del *deber de cuidado* esencial a efectos de la tipicidad y culpabilidad del reproche. La relación entre imprudencia y negligencia, sin embargo, no parece inmediatamente comprensible y necesita ser mejor precisada.

Un apoyo hermenéutico válido lo ofrecen los casos de los arts. 490 y 491 del Código Penal, que utilizan ambas palabras pero con significados diferentes. Mientras que el art. 490 habla, en efecto, de *imprudencia temeraria* (y sobre el grado de culpabilidad, como se ha dicho, volveremos más adelante), en el contexto de actos que si fueran dolosos constituirían delitos contra la persona,

⁹⁰ VALBONESI, Cecilia. “La colpa grave come limite di tipicità: un dialogo tra ordinamento italiano e spagnolo alla ricerca di un nuovo punto di equilibrio del rimprovero colposo”, en *L’Indice Penale*, 1, 2021, p. 201.

en cambio, el primer párrafo del art. 491 se refiere a *negligencia culpable* en el contexto de la práctica médica. Por lo tanto, puede deducirse que “la *negligencia* es propia de un contexto en el que existen exigencias especiales de conducta para un grupo específico de sujetos y la *imprudencia*, en cambio, tiene lugar cuando existen exigencias generales”⁹¹.

La imprudencia se referiría a cualquier ámbito de relaciones que pueda tener una persona, mientras que *la negligencia* se referiría únicamente a un ámbito concreto de conducta⁹².

Sin duda, es la cualificación de la parte activa lo que contribuye a determinar la norma de diligencia en relación con el contexto de referencia.

Por lo que se refiere a la *negligencia*, “los *estándares de cuidado* se definen en función de las tareas propias de una determinada función”⁹³. Como subraya

⁹¹ Así REYES ROMERO, Ítalo. “Una aproximación a la imputación a título de imprudencia en el Código Penal chileno”, en *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 47, 2 (2016), p. 261.

⁹² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *El delito culposo*, Santiago: Editorial Jurídica (1995), pp. 19 y 49. En la doctrina chilena existen otras dos tesis sobre el significado de los términos *imprudencia* y *negligencia*. La primera sostiene que no existe diferencia relevante entre ambos conceptos que expresan la misma idea de falta de diligencia. En este sentido véase: GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*, III, Santiago: Editorial Jurídica (2005), p. 226. La segunda tesis –de la que uno de los más célebres intérpretes es: ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*, III ed., Santiago: Editorial Jurídica, (1997), p. 319– considera que la *imprudencia* se caracteriza por una connotación general del riesgo que se afronta, mientras que la *negligencia* se caracteriza por una falta de actividad. En el mismo sentido LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho penal*, v. 1, Santiago: Editorial Jurídica (1990), p. 126.

⁹³ Así: MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “Condiciones generales de la punibilidad”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2 (2005), p. 387. Con referencia a la diligencia del médico en la literatura italiana, ex plurimis, MICHELETTI, Dario. *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, en Canestrari, Stefano et alii (dir.), *Medicina e diritto penale*, Pisa: ETS, 2009, p. 268; GIUNTA, Fausto. “I tormentati rapporti fa colpa e regola cautelare”, en *Dir. pen. proc.*, (1999), p. 1297; MANTOVANI, Marco. “La responsabilità penale nell’attività medico-chirurgica in equipe fra teoria e prassi”, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* (2010), pp. 1174 ss. También de gran importancia es BRUSCO, Carlo. “Cassazione e responsabilità del medico. Tipicità e determinatezza del nuovo art. 590 sexies c.p.”, en *Dir. pen. cont.*, 11, (2017), p. 211. De sumo interés, sobre las directrices: TORRE, Valeria. “Linee guida e tassatività”, en Mantovani, Marco et alii (eds.), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna; BUP (2016), p. 309 y TERROSI VAGNOLI, Elena. “Le linee guida per la pratica clinica: valenze e problemi medico legale”, en *Riv. it. med. leg.*, 1, (1999), p. 189. Reciente: BLAIOTTA, Rocco. “Standard della condotta doverosa e accertamento della causalità: le insidie della scienza, en Vv.AA. *La Protezione civile nella società del rischio. Il sistema di Protezione civile: profili organizzativi, poteri ed ipotesi di responsabilità penale degli operatori*, Pisa: ETS (2019), p. 149 así como GAIMMANCO, Maria Daniela; GIAMMANCO, Giuseppe. “Linee guida nella legge Gelli-Bianco. Interessi economici sottostanti e scelte allocative nascoste, en S. ALEO, Salvatore (ed.), *Criteri di verificabilità empirica dei giudizi di colpa*, Milano: Giuffrè (2020), pp. 321 y ss.

la doctrina, el hecho de que la negligencia se refiera al desempeño de una determinada actividad por una persona con una cualificación especial no significa que el legislador haya establecido tipos penales.

De hecho, en este caso la norma de conducta infringida es la misma tanto en la imputación *ordinaria* por dolo como en la imputación *extraordinaria* por culpa.

El término negligencia indicaría así que el *nivel de diligencia* exigido se determina en función de la *condición del agente* y no que el carácter delictivo de la conducta esté vinculado a la comisión del hecho por una persona con características especiales⁹⁴.

Sin embargo, la necesidad de distinguir entre ambas formas de conducta culposa no sólo tiene su origen en la *condición del agente*, sino que también parece evocar, como suele ser conseciente, la fuente de la *norma de cuidado* que debe observarse. En el caso de la negligencia, ésta parece tener un carácter puramente *normativo*, aunque no necesariamente⁹⁵, mientras que en el caso de la *imprudencia*, prescinde de la conexión con normas técnicas y también puede encontrar su referencia en una “*configuración ordinaria del cuidado debido*”, o tomando prestado el lenguaje de la doctrina italiana, en la culpabilidad genérica.

Más compleja, sin embargo, es la reconstrucción cuando una norma prevé la concurrencia de ambos requisitos de *negligencia e imprudencia*.

En efecto, el art. 492, al igual que los arts. 317 y 329, no proporcionan al intérprete indicaciones útiles para disipar esta aparente contradicción entre los requisitos generales y específicos de protección.

De hecho, la co-presencia de ambos perfiles podría significar la necesidad de garantizar, tanto en general como en sus declinaciones específicas, la observancia de un deber de cuidado⁹⁶.

Esta conclusión parece confirmada por las disposiciones combinadas de los arts. 315 y 317 c.p. En efecto, el art. 317 castiga por *imprudencia temeraria o mera negligencia* con infracción de reglamentos en relación con el art. 315 c.p., que sanciona a quien envenene o infecte alimentos, agua u otras bebidas destinadas al consumo público. La necesidad de proteger el bien jurídico de la salud pública lleva al legislador a garantizar una protección que se modula de forma diferente según el *estatus* del agente, que puede ser un *quisque de populo* o una persona cualificada.

⁹⁴ REYES ROMERO, ob. cit., p. 263.

⁹⁵ Ibídem, p. 265.

⁹⁶ Ibíd.

La misma conclusión se alcanza también en relación con el art. 492 c.p.

La violación del deber de cuidado, que produce un homicidio o unas lesiones en perjuicio de otra persona, puede ser perpetrada por personas de diferentes orígenes culturales y profesionales, que actúan en contextos peculiares (desde el *quisque de populo*, hasta el médico, como lo confirma la doble referencia a los arts. 490 y 491 c.p.). Dado que la norma no regula un delito propiamente dicho, la interpretación que hemos querido darle se vincula con un refuerzo de la obligación cautelar cuyo cumplimiento debe producirse sobre la base de *estándares progresivos*.

Así, “primero, todo sujeto debe cumplir exigencias generales de cuidado y, segundo, quien tiene un estatus que resulta relevante en el contexto de actuación, tiene que cumplir con las exigencias específicas pertinentes”⁹⁷.

En palabras de la doctrina, el mensaje que transmiten estas normas es “ningún descuido es tolerado”⁹⁸; con todas las consecuencias que trataremos de destacar⁹⁹. Sin embargo, no debemos olvidar que, entre las peculiaridades del tipo penal, hay que reconocer un papel esencial a la vulneración de las normas reglamentarias como elemento típico de la conducta culposa.

Esta circunstancia es relevante en dos aspectos.

En primer lugar, la combinación de *infracción de reglamento e imprudencia y negligencia nos lleva* a señalar que, en este caso, la *imprudencia* difícilmente puede concebirse como una infracción de normas genéricas de conducta, como ocurre en cambio con el art. 490 c.p. Podemos suponer que al autor se le imputará tanto la infracción de *estándares cautelares* sujetas a regulación específica (*negligencia*) como la infracción de normas cautelares sujetos a regulación genérica (*imprudencia*).

En segundo lugar, el anclaje de la tipicidad a la violación de una disciplina reglamentaria plantea problemas en orden con el cumplimiento de los principios fundamentales de reserva de ley, mandato de determinación y, por último, culpabilidad¹⁰⁰.

⁹⁷ Ibíd.

⁹⁸ Ibíd.

⁹⁹ Una última mención merece también la definición del concepto de *descuido* con el que el apartado segundo del art. 491 identifica la infracción cautelar cometida por los propietarios de animales feroces. La doctrina ha sostenido que debe privilegiarse la unidad conceptual del art. 491 y, por tanto, que el término *descuido* debe interpretarse como negligencia en deferencia al primer párrafo y a la *ratio de la norma* que sanciona la inobservancia de las precauciones en dos sectores peculiares pero muy heterogéneos.

¹⁰⁰ Como destaca Tribunal Constitucional, rol N° 2716-2014, 10 de septiembre de 2015, Caso Tsunami, en <https://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias>, 21.

Sin embargo, en el caso del art. 309, los perfiles del debate no se detienen ahí.

El primer aspecto que salta a la vista se refiere a la voluntad del legislador de castigar conductas tanto por imprudencia leve como por imprudencia grave, circunstancia que no parece mostrar un significado inmediatamente inteligible.

Sin embargo, es la relación con la gravedad del daño exigida por el art. 309 c.p. lo que más interesa aquí. De la lectura conjunta de ambas normas se entiende que, conforme al N° 1, es posible castigar por imprudencia leve o imprudencia grave los daños graves que se produzcan con la concurrencia de las circunstancias previstas en los arts. 305, 306 o 307. Al margen de la dificultad interpretativa que se deriva de esta referencia, llama la atención la posible discrepancia entre la gravedad del daño y el carácter leve de la infracción cautelar que lo integra.

Se trata de una circunstancia importante que pone de relieve en toda su magnitud el dramatismo de la responsabilidad culposa en relación con la cual de un leve desvalor de conducta puede derivarse un grave desvalor de resultado, sin que ello influya en modo alguno la responsabilidad del agente. Tal vez hubiera sido mejor establecer un límite para la negligencia grave, lo que también habría circunscrito el alcance del reproche, seguramente más leve, previsto en el apt. 2 del art. 309 cuando el daño causado no alcanza un cierto nivel de gravedad.

Consideraciones no distintas deben hacerse en relación con el caso del art. 310, que endurece las penas cuando el daño grave afecte a “uno o varios de los componentes medioambientales de una reserva de región virgen, un parque nacional, un monumento natural, una reserva nacional o un humedal de importancia internacional”.

A diferencia de otras jurisdicciones, el legislador chileno no ha escatimado esfuerzos para intentar apoyar al intérprete en la determinación, al menos, de la gravedad del daño al medio ambiente, proporcionando los parámetros en base a los cuales se puede determinar el menoscabo penalmente relevante (art. 310 bis).

Es el “cambio adverso producido” en las matrices medioambientales cuando este cambio se resuelve en: “1. Tener una extensión espacial de relevancia, según las características ecológicas o geográficas de la zona afectada; 2. Tener efectos prolongados en el tiempo; 3. Ser irreparable o difícilmente reparable; 4. Alcanzar un conjunto significativo de especies, según las características de la zona afectada; 5. Incidir en especies categorizadas como extintas o vulnerables; 6. Incidir en especies críticas o en peligro de extinción, o Alcanzar a un conjunto significativo de especies, según las características de la zona afectada; 7. Incidir

en especies categorizadas como extintas, extintas en grado silvestre, en peligro crítico o en peligro o vulnerables; 8. Poner en serio riesgo de grave daño la salud de una o más personas; 9. Afectar significativamente los servicios o las funciones de una o más personas; 10. Ser irreparable o difícilmente reparable; 11. Afectar a un conjunto significativo de especies, según las características de la zona afectada. Afectar significativamente los servicios o funciones ecosistémicos del elemento o componente ambiental”.

Si se examina más detenidamente, la perspectiva centrada en el valor relacionado con el hecho puede influir también, sin duda, en la determinación del valor relacionado con la acción de la conducta imprudente o negligente que caracteriza a la amonestación culpable.

Además de la pena de prisión, el art. 310 *ter* prevé la imposición de una multa que, de conformidad con el art. 311, podrá reducirse en su cuantía cuando el daño sea escaso o cuando el infractor haya adoptado una conducta posterior al hecho tendente a reducir los valores a los permitidos o a neutralizar el posible daño.

En el mismo sentido se pronuncia el art. 311 *ter*, que establece que el tribunal podrá “apreciar la concurrencia de una atenuante muy calificada conforme al art. 68 *bis* cuando el hechor repare el daño ambiental causado por el hecho”.

Además de la multa, el art. 311 *bis* prevé que por los hechos sancionados en el art. 310 se imponga una pena accesoria de “prohibición perpetua de entrar en la zona afectada”, a la que podrá añadirse una especie de prohibición adicional y equivalente con referencia a otras zonas de características equivalentes.

La culpabilidad, en cambio, se ve afectada por lo dispuesto en el art. 311 *sexies*, respecto del cual la posterior invalidez de la autorización ambiental no afecta a la responsabilidad penal del interesado, salvo que la haya obtenido fraudulentamente o continúe operando a sabiendas de que no se cumplen los requisitos de la autorización.

Sin embargo, la disposición, sugerida por la deferencia al principio de culpabilidad, no parece superflua y, de hecho, su introducción podría ser no poco beneficiosa para el sistema jurídico italiano en el que la deferencia a los paradigmas administrativos se vuelve recesiva, especialmente en el caso de que el juez desee configurar la responsabilidad culpable en virtud de una norma cautelar supletoria de tipo genérico.

Por último, de igual interés aparece la posibilidad de que el tribunal imponga al acusado o al condenado, medidas destinadas a evitar o reparar el daño medioambiental, que deberán ser decididas previa consulta con los organismos técnicos competentes y comunicadas a la Fiscalía.

V. CONCLUSIONES

Con la Ley N° 21.595 del 7 de agosto de 2023 creemos que la disciplina chilena ha realizado el paso adelante que no fue capaz de hacer la normativa italiana.

Sin embargo, nos parece que incluso en esta disciplina no faltan escollos que, por un lado, podrían afectar a la eficacia de la protección del ecosistema y, por el otro, faltar de respeto a los principios penales también caros al ordenamiento jurídico chileno.

Aunque la novela nos parezca marcada por un paradigma ecocéntrico innovador y muy convencido, sin embargo, esta perspectiva tendrá que ser defendida frente a una tradición jurídica que sigue atada a una interpretación de la protección del medio ambiente solo en su faceta de medio de protección de la vida y la integridad humana. Defender el rango autónomo del bien jurídico del ecosistema contribuirá a situarlo en una posición de igual dignidad respecto a otros bienes y, por tanto, de mayor contundencia incluso frente a la necesidad de encontrar mediaciones frente a las opciones que la posmodernidad seguirá imponiendo.

Habrá que salvaguardar entonces la autonomía del paradigma penal respecto de un marco administrativo dotado de adecuada proceduralización y especialidad, pero que no deja de ser portador de una tipicidad que en ocasiones puede no coincidir con ese desvalor de acción y de resultado propio de la sanción penal.

Por último, pero quizás debamos decir “sobre todo”, la naturaleza de los eventos de daño y peligro que las normas de la ley pretenden interceptar, caracterizados por una faz macroscópica, nunca permitirá justificar la pretermisión de una valoración en términos de estricta personalidad de la responsabilidad penal. En presencia de una afectación generalizada y prolongada de las matrices ambientales, la identificación estricta de las posiciones de obligación y de los perfiles subjetivos de responsabilidad sigue siendo ineludible, operación que, en efecto, no es fácil si se considera el carácter duradero del peligro o del daño.

Por tanto, sólo el respeto de los principios que sustentan la atribución de responsabilidad penal puede garantizar tanto el respeto del medio ambiente como bien jurídico autónomo como su precipitado antropocéntrico cuya centralidad siempre es viva.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCINNI, Giovanni Paolo (2018). *Disastro ambientale (dall’horror vacui all’horror pleni)*, Milano: Giuffrè.

- AMARELLI, Giuseppe (2015). *La riforma dei reati ambientali. Luci ed ombre di un intervento a lungo atteso*, en *Dir. pen. cont.* 30 de julio.
- ANGIONI, Francesco (1994). *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*. Milano: Giuffrè.
- ARATO, Ludovica; MADEO, Antonello. “Inquinamento atmosferico, acustico, elettromagnetico”, en PELISSERO, Marco (ed.), *Reati contro l'ambiente e il territorio*. Torino: Giappichelli, pp. 336 y ss.
- BELL, Alexander H.; VALSECCHI, Alfio (2015). “Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio”, en *Dir. pen cont. - Riv. trim.*, N° 2 (2015), pp. 71-81.
- BERNASCONI, Costanza (2008). *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigueridicità, colpevolezza*, Pisa: ETS.
- BIFULCO, Raffaele (2022). “La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive”, en *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, pp. 7-26.
- _____ (2008). *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*. Milano: Franco Angeli.
- BISORI, Luca. “Inquinamento delle acque”, en PELISSERO, Marco (ed.), *Reati contro l'ambiente e il territorio*. Torino: Giappichelli, pp. 239 y ss.
- BLAIOTTA, Rocco (2019). “Standard della condotta doverosa e accertamento della causalità: le insidie della scienza, en VV.AA. *La Protezione civile nella società del rischio. Il sistema di Protezione civile: profili organizzativi, poteri ed ipotesi di responsabilità penale degli operatori*, Pisa: ETS, pp. 143-154.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (1998). “Constitución Económica y Protección del Medio Ambiente”, en *Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)*, vol. 9, esp., pp. 43-54.
- BOSI, Marinella (2018). “Le best available techniques nella definizione del fatto tipico e nel giudizio di colpevolezza”, en *Dir. pen cont. - Riv. trim.*, N° 1, pp. 196-211.
- BRUSCO, Carlo. “Cassazione e responsabilità del medico. Tipicità e determinatezza del nuovo art. 590 sexies c.p.”, en *Dir. pen. cont.*, 11, (2017), pp. 205-223.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1995). *El delito culposo*, Santiago: Editorial Jurídica.
- CANESTRARI, Stefano (1991). “Reato di pericolo”, en *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, Roma, pp. 1 ss.
- CAPOGRASSI, Giuseppe (1990). “Frammento sulle costituzioni e le procedure”, en Id., *Opere*, II. Milano: Giuffrè (1990), pp. 387 y ss.
- CARUSO, Giovanni (2016). “Ambiente (Riforma penale)”, en *Dig. Disc. Pen., Aggiornamento*, Torino: UTET (2016), pp. 73-102

- CASSETTI, Luisa (2022). “Riformare l’art. 41 della Costituzione: alla ricerca di ‘nuovi’ equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?”, en *Federalismi.it*, 4, pp. 187-201.
- _____ (2021). “Salute e ambiente come limiti ‘prioritari’ alla libertà di iniziativa economica?”, en *Federalismi.it - paper*, 23 giugno, pp. 1-7.
- CASTRONUOVO, Donato (2012). *Principio di precauzione e diritto penale: paradigmi di incertezza nella struttura del reato*. Roma: Aracne.
- _____ (2011). “Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del ‘penale’ nella giurisprudenza della Cassazione”, en GRASSO, Giovanni et alii (dir.), *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*. Milano: Giuffrè.
- CATENACCI, Mauro (2018). “Il ‘caso ILVA’ nel difficile rapporto fra governo e tutela penale dell’ambiente”, en BORSARI, Riccardo (ed.), *Itinerari di diritto penale dell’economia*, Padova: PUP (2018), pp. 58 y ss.
- _____ (2015). “I delitti contro l’ambiente fra aspettativa e realtà”, en *Dir. pen. proc.* (2015), p. 1073.
- _____ (2013). *I reati in materia ambientale*, en Fiorella, Antonio (dir.) *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*. Torino: Giappichelli, pp. 314 y ss.
- _____ (2006). “I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale”, en DOLCINI, Emilio; Paliero, Carloenrico (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano: Giuffrè, pp. 1415 ss.
- _____ (1996). *La tutela penale dell’ambiente*, Padova: Cedam.
- CONSORTE, Francesca (2013). *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Torino: Giappichelli.
- CONTI, Gian Luca (2010). “Dal Paesaggio di Predieri ai paesaggi della Convenzione di Firenze”, en *Costituzionalismo.it*, 3.
- CONTIERI, Enrico (2018). “Dal comportamento all’evento nella tutela penale dell’ambiente. Osservazioni in tema di bene giuridico”, en DE FRANCESCO, Giovannangelo; MORGANTE, Gaetana (ed.), *Il diritto penale di fronte alle sfide della “società del rischio”*. Torino: Giappichelli, pp. 27-52.
- CORN, Emanuele (2013). *Il principio di precauzione. Studio sui limiti all’anticipazione della tutela penale*. Torino: Giappichelli.
- CORNACCHIA, Luigi (2018). *Inquinamento ambientale*, en Cornacchia, Luigi; Pisani, Nicola (ed.s), *Il nuovo diritto penale dell’ambiente*. Bologna: Zanichelli, pp. 102 y ss

- COSTA CORDELLA, Ezio; RIVERA RIVEROS, Sofía (2021). “La Defensoría de la Naturaleza en una constitución ecológica”, en *Revista Némesis*, vol. 18, pp. 44 y ss.
- CURY URZÚA, Enrique (1988). *La ley penal en blanco*, Bogotá: Editorial Temis.
- D’ALESSANDRO, Francesco (2016). “La tutela penale dell’ambiente tra passato e futuro”, en *Jus. Rivista di Scienze giuridiche*, 1, pp. 83 y ss.
- _____ (2012). *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*. Milano: Giuffrè.
- D’ALOIA, Antonio (2016). “Generazioni future (diritto costituzionali)”, en *Encyclopedie del diritto - Annali IX*. Milano: Giuffrè, pp. 311-390.
- DE FIORES, Claudio (2021). “Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione”, en *Costituzionalismo.it*, 3, pp. 137 y ss.
- DE FALCO, Giuseppe (2016). “Delitti contro l’ambiente: tra incongruenze normative e difficoltà probatorie il margine di rischio per imputati ed enti non sembra così ampio”, en *Resp. amm. soc. enti*, 1, pp. 9-28.
- DE LEONARDIS, Francesco (2022). “La riforma ‘bilancio’ dell’art. 9 Cost. e la riforma ‘programma’ dell’art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura”, en *Apertacontrada*, pub. 28 febbraio, pp. 1-14.
- DE SANTIS, Giovanni (2012). *Diritto penale dell’ambiente. Un’ipotesi sistematica*. Milano: Giuffrè.
- DE SANTIS, Valeria (2023). “La Costituzione della Transizione Ecologica. Considerazioni intorno al novellato art. 41 della Costituzione”, en *Nomos*, 1, pp. 1-32.
- DI LANDRO, Andrea (2018). *La responsabilità per l’attività autorizzato nei settori dell’ambiente e del territorio. Strumenti penali ed extrapenali di tutela*. Torino, Giappichelli.
- DI PLINIO, Giampiero (2021). “L’insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell’ambiente”, en *Federalismi.it - paper*, 1 luglio, pp. 1-8.
- DONOSO, Carla (2019). “Daños a los monumentos nacionales (art. 38 Ley N° 17.288)”, en Matus, Jean Pierre (Dir.), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno. Parte Especial y política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 185 y ss.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1997). *Derecho Penal*, III ed., Santiago: Editorial Jurídica.
- EVANS, Enrique (1986). *Los Derechos Constitucionales*. Tomo II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FIANDACA, Giovanni (1977). “Note sui reati di pericolo”, en *Tommaso Natale* (1977), pp. 184 ss.

- FIMIANI, Pasquale (2015). *La tutela penale dell’ambiente*, Milano: Giuffrè.
- FORTI, Gabrio (2006). “‘Accesso’ alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione”, en *Criminalia*, pp. 155-225.
- GALDÁMEZ ZELADA, Liliana (2022). *La Naturaleza en la nueva Constitución de Chile*, en www.diritticomparati.it.
- GALLO, Marcello (1969). “I reati di pericolo”, en *Foro pen.*, 1969, pp. 1 y ss.
- GAMBARDELLA, Marco (2002). *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*. Milano: Giuffrè.
- GARGANI, Alberto (2020). *Fattispecie deprivata. Disastri innominati e atipici in materia di ambiente*, en www.legislazionepenale.eu.
- _____ (2020). “Delitti di pericolo personale e individuale. Osservazioni in prospettiva di riforma”, en *Legislazione penale*, 9 de septiembre, pp. 1-15.
- _____ (2019). “*Jus in latenti*. Profili di incertezza del diritto penale dell’ambiente”, en *Criminalia*, pp. 111-140.
- _____ (2018). “Il rischio nella dinamica dei reati contro l’incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto”, en DE FRANCESCO, Giovannangelo; MORGANTE, Gaetana (ed.), *Il diritto penale di fronte alle sfide della “società del rischio”*. Torino: Giappichelli, pp. 11 y ss.
- _____ (2016). “Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni”, en *Cass. pen.*, (2016), pp. 2705 ss.
- GAIMMANCO, Maria Daniela; GIAMMANCO, Giuseppe (2020). “Linee guida nella legge Gelli-Bianco. Interessi economici sottostanti e scelte allocative nascoste”, en S. Aleo, Salvatore (ed.), *Criteri di verificabilità empirica dei giudizi di colpa*, Milano: Giuffrè, pp. 321-360
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. (1992-1993). “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, 16, pp. 63-104.
- GARRIDO MONTT, Mario (2005). *Derecho Penal. Parte Especial*, III, Santiago: Editorial Jurídica.
- GIUNTA, Fausto (2008). “Tutela dell’ambiente (diritto penale)”, en *Enciclopedia del diritto - Annali*, II, Milano: Giuffrè, pp. 1152.
- _____ (2006). “Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione”, en *Criminalia*, pp. 227 y ss.
- _____ (2003). “Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale dell’ambiente”, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, pp. 845 ss.

- _____ (2003). “*¿Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotraipanti?*”, en *Dir. pubbl.*, pp. 162 ss.
- _____ (1999). “*I tormentati rapporti fa colpa e regola cautelare*”, en *Dir. pen. proc.*, pp. 1297 y ss.
- _____ (1997). “*Il diritto penale dell’ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, pp. 1107 ss.
- GRASSO, Giorgio (2003). “*Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e progetto di Costituzione europea*”, en *Politica del diritto*, 4, pp. 581-608.
- GUILOFF TITIUN, Matías (2011). “*El dilema del artículo 19 N° 8 inciso 2º*”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2011, vol. 18, N° 1, pp. 147-169.
- HÄBERLE, Peter (2001). *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, edición italiana por Jorg, Luther. Roma: Carocci.
- HERVÉ, Dominique (2021). *Hacia una constitución ecológica: herramientas comparadas para la consagración constitucional de la protección del medio ambiente*. Santiago: UDP.
- HIP VIGORENA, Francisco (2019). “*Incendios forestales (arts. 476 n. 3 c.p. y 22 a 22 ter Ley de Bosques)*”, en MATUS, Jean Pierre (Dir.), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno. Parte Especial y política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 169 y ss.
- INSOLERA, Gaetano (1997). “*Modello penalistico puro per la tutela dell’ambiente*”, en *Dir. pen. proc.*, pp. 737 y ss.
- LABATUT GLENA, Gustavo (1990). *Derecho penal*, v. 1, Santiago: Editorial Jurídica.
- LAVÍN, Julio (1993). “*Constitución y Ley General del Medio Ambiente*”, en *Ambiente y Desarrollo*, marzo, pp. 15 y ss.
- LÓPEZ, Carlos (2019). “*La eficacia de las sanciones administrativas de la Superintendencia de Medio Ambiente*”, en Matus, Jean Pierre (Dir.), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno. Parte Especial y política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 275 y ss.
- MADEO, Antonella (2011). “*Un recepimento solo parziale della Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell’ambiente*,” en *Dir. pen. proc.*, pp. 1052 y ss.
- MANTOVANI, Ferrando (2020). *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., Padova: Cedam.

- MANTOVANI, Marco (2014). *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna: BUP.
- _____ (2010). “La responsabilità penale nell’attività medico-chirurgica in equipe fra teoria e prassi”, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, pp. 1174 ss.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “Condiciones generales de la punibilidad”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2 (2005), pp. 387 y ss.
- MARSHALL, Pablo (2017). “Clasificación de los derechos fundamentales”, en CONTRERAS, Pablo; SALGADO, Constanza (eds.), *Manual sobre derechos fundamentales*. LOM: Santiago, pp. 93 y ss.
- MASULLO, Maria Novella (2012). *Colpa e precauzione nel segno della complessità: teoria e prassi nella responsabilità dell’individuo e dell’ente*, Napoli: ESI.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2021). *Manual de derecho penal chileno. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch
- MESA GARCÍA, Luis (2017). “El derecho a un medio ambiente sano como derecho humano sus principios rectores y constitucionalización”, en *Ratio Iuris*, vol. 1, N° 3, pp. 83 y ss.
- MICHELETTI, Dario. *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, en Canestrari, Stefano et alii (dir.), *Medicina e diritto penale*, Pisa: ETS, 2009, pp. 247-283.
- MORANA, Donatella (2020). “Sulla fondamentalità perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell’interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia”, en *Giurcost. it*, 30 de abril, pp. 1-11.
- MORRONE, Andrea (2022). “La modifica dell’art. 9 della Costituzione”, en *La riforma costituzionale in materia di tutela dell’ambiente (Atti del Convegno 28.1.2022)*. Napoli: Editoriale scientifica.
- MORTATI, Costantino (1972). *Raccolta di scritti, I, Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*. Milano: Giuffrè, pp. 3 y ss.
- NAVARRO SCHOLZ, Daniela; RUFATT NUÑEZ, Cristofer (2022). “Algunas notas sobre la legitimación activa ambiental en el proyecto de nueva constitución del año 2022”, en *Revista De Derecho Ambiental*, vol. 2, N° 18, pp. 277-306.
- OCHOA FIGUEROA, Alejandro (2014). “Medio ambiente como bien jurídico protegido, ¿Visión antropocéntrica o ecocéntrica?”, en *Revista de derecho penal y criminología*, p. 255.

- OLEA, Catalina (2019). “Propagación indebida de contaminantes (art. 291 c.p.)”, en MATUS, Jean Pierre (Dir.), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno. Parte Especial y política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 23 y ss.
- ORTIZ QUIROGA, Luis. “De la conducta requerida en las leyes penales en blanco”, en VAN WEEZEL, Alex (ed.) *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*. Santiago: Legal Publishing Chile (2013), pp. 143-62.
- PACE, Alessandro (1992). *Libertà di iniziativa economica*, en Id., *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, 2^a ed. Padova: Cedam, p. 457.
- PADOVANI, Tullio (2015). “Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l’ambiente”, en *Guida al dir.*, 32, pp. 12 ss.
- PALAZZO, Francesco (2012). “Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici”, en *Cass. pen.*, pp. 1610 y ss.
- PARODI GIUSINO, Manfredi (1990). *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano: Giuffrè.
- PATERNITI, Filippo (2015). “Politiche legislative di prevenzione e delitti contro l’ambiente”, en *Resp. amm. soc. enti*, p. 33-42.
- PAVICH, Giuseppe (2017). “I reati di inquinamento ambientale e disastro ambientale: prime questioni interpretative”, en *Cass. pen.*, 1, pp. 405-421.
- PEDRAZZI, Cesare (1991). *Profili penalistici di tutela dell’ambiente*, en *Indice penale* (1991), pp. 619 y ss.
- PICILLO, Antonio. “Tra le ragioni della vita e le esigenze della produzione: l’intervento penale e il caso Ilva di Taranto”, en www.archiviopenale.it, n. 1 (2013), pp. 1-38
- PISANI, Nicola (2018). “Il nuovo disastro ambientale”, en Cornacchia, Luigi; Pisani, Nicola (ed.s), *Il nuovo diritto penale dell’ambiente*. Bologna: Zanichelli, pp. 112 y ss.
- PONGILUPPI, Caterina (2010). “Principio di precauzione e reati alimentari. Riflessioni sul rapporto ‘a distanza’ tra disvalore d’azione e disvalore di evento”, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, pp. 225 ss.
- PREDIERI, Alberto (1981). “Paesaggio”, en *Enciclopedia del diritto*, XXXI. Milano: Giuffrè, p. 508.
- _____ (1969). “Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio”, en Id. (dir.), *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*. Milano: Giuffré, pp. 3 y ss.

- RAMACCI, Luca (2021). *Diritto penale dell’ambiente. Principi fondamentali. Gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, III ed., Piacenza: La Tribuna.
- _____ (2015). “Prime osservazioni sull’introduzione dei delitti contro l’ambiente nel codice penale e le altre disposizioni della legge 22 maggio 2015 n. 68”, en *www.lexambiente.it*.
- _____ (2007). *Diritto penale dell’ambiente*, Padova, Cedam.
- RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2021). “La protección del medio ambiente en Chile y sus implicancias penales. Visión general”, en *Cuadernos Médico Sociales (Chile)*, vol. 61, N° 2 (2021), pp. 71-82.
- REGO BLANCO, María (2005). *La acción popular en el derecho administrativo y en especial, en el urbanístico*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- RESIGNO, Francesca (2021). “Quale riforma per l’articolo 9”, en *Federalismi. it* - paper, 23 giugno, pp. 2-5.
- REYES ROMERO, Ítalo. “Una aproximación a la imputación a título de imprudencia en el Código penal chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 47, 2 (2016), pp. 245-278.
- ROJAS ACUÑA, Andrea (2019). “Contaminación de aguas por hidrocarburos, especialmente las marinas (art. 136 Ley General de Pesca)”, en MATUS, Jean Pierre (Dir.), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno. Parte Especial y política criminal*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 49 y ss.
- ROTOLO, Giuseppe (2018). *Riconoscibilità del preceitto penale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell’ambiente*. Torino: Giappichelli.
- _____ (2016). “Modelli ‘dinamici’ di tutela dell’ambiente e responsabilità penale: problemi e prospettive”, en *Jus Rivista di Scienze giuridiche*, 1, pp. 130 y ss.
- RUGA RIVA, Carlo (2021). *Diritto penale dell’ambiente*. Torino: Giappichelli.
- _____ (2019). “La disciplina dei rifiuti”, en PELISSERO, Marco (ed.), *Reati contro l’ambiente e il territorio*. Torino: Giappichelli, pp. 167 y ss.
- _____ (2019). “La nuova disciplina dei delitti ambientali”, en PELISSERO, Marco (ed.), *Reati contro l’ambiente e il territorio*. Torino: Giappichelli, pp. 16 y ss.
- _____ (2019). “Parte generale”, en PELISSERO, Marco (ed.), *Reati contro l’ambiente e il territorio*. Torino: Giappichelli, p. 46.

- _____ (2016). “Il nuovo disastro ambientale: dal legislatore ermetico al legislatore logorroico”, en *Cass. pen.*, pp. 4635 y ss.
- _____ (2015). “Caso Ilva: avvelenamento e disastro dolosi”, en FOFFANI, Luigi; CASTRONUOVO, Donato (ed.), *Casi di diritto penale dell'economia, II, Impresa e sicurezza*, Bologna: Il Mulino (2015), pp. 149 y ss.
- _____ (2015). *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015*, n. 68. Torino: Giappichelli.
- _____ (2014). “Ilva caso: profili ambientali-penali”, en *www.lexambiente.it*.
- _____ (2011). “Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente. Nuovi reati, nuova responsabilità dell'ente da reato ambientale”, en *Dir. pen. cont.* 8 de agosto.
- _____ (2011). “Il recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente. Grandi novità per le persone giuridiche, poche per le persone fisiche”, en *Dir. pen. cont.* 29 de abril.
- _____ (2006). “Principio di precauzione e diritto penale”, en DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carloenrico (ed.), *Scritti in onore di Marinucci*, II, Milano: Giuffrè, pp. 1754 ss
- SCOLETTA, Marco (2012). “Obblighi europei di criminalizzazione e responsabilità degli enti per reati ambientali”, en *Riv. giur. amb.*, pp. 16 y ss.
- SILVA, Chiara (2014). *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*. Padova: Cedam.
- SIRACUSA, Licia (2015). “La legge 22 maggio 2015 n. 68 sugli ‘ecodelitti’: una svolta quasi epocale per il diritto penale dell’ambiente”, en *Dir. pen. cont.* 9 de julio.
- _____ (2011). “L’attuazione della direttiva europea sulla tutela dell’ambiente tramite il diritto penale”, en *Dir. pen. cont.* 22 de febrero.
- _____ (2007). *La tutela penale dell’ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano: Giuffrè.
- _____ (2008). “La competenza comunitaria in ambito penale al primo banco di prova: la direttiva europea sulla tutela penale dell’ambiente”, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, p. 863.
- SMEND, Rudolf (1988). *Costituzione e diritto costituzionale* (edición italiana por Jorg, Luther). Milano: Giuffrè.
- TALLACCHINI, Maria Chiara (1996). *Diritto per la natura*, Torino: Giappichelli.
- TERROSI VAGNOLI, Elena (1999). “Le linee guida per la pratica clinica: valenze e problemi medico legale”, en *Riv. it. med. leg.*, 1, pp. 189-232.

- TESTONI BINETTI, Saffo (1983). “Progresso”, en BOBBIO, Norberto *et alii* (eds.), *Dizionario di politica*, Torino: Utet, pp. 894-900.
- TISNÉ NIEMANN, Jorge Bertrand (2014). “Los intereses comprometidos en el daño ambiental. Comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la Ley N° 20.600”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, n. 1, pp. 323 y ss.
- TORRE, Valeria (2016). “Linee guida e tassatività”, en MANTOVANI, Marco *et alii* (eds.), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna; BUP, p. 309.
- URRUTIA SILVA, Osvaldo (2013). “Jurisprudencia nacional, nuevos Tribunales ambientales y Derecho Internacional del Medio Ambiente”, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, 40, pp. 475-507.
- VALBONESI, Cecilia (2022). *Rischio terremoto e rischio maremoto: sistemi di prevenzione e modelli di responsabilità in un confronto fra diritto penale cileno e diritto penale italiano*. Napoli: ESI
- _____ (2021). “La colpa grave come limite di tipicità: un dialogo tra ordinamento italiano e spagnolo alla ricerca di un nuovo punto di equilibrio del rimprovero colposo”, en *L’Indice Penale*, 1, p. 201.
- ZIMRING, Franklin E.; HAWKINS, Gordon; KAMIN, Sam. *Punishment and Democracy: three strikes and you’re out in California*, Oxford: Oxford University press, (2001).
- ZIRULIA, Stefano (2019). “Il ruolo delle Best Available Techniques (BAT) e dei valori limite nella definizione del rischio consentito per i reati ambientali”, en *Lexambiente*, 4, pp. 1-21.
- _____ (2018). *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*. Milano: Giuffrè.
- ZÚÑIGA MORALES, Sandra Eugenia (2004). “Cuando las Normas Penales en Blanco Vulneran el Principio de Legalidad”, en *Revista de Derecho (Nic.)*, 8, pp. 161-182.

¡ES LA INTERACCIÓN, NO UNA CARACTERÍSTICA ESPECÍFICA! UNA TEORÍA PLURALISTA DE LA ESPECIFICIDAD DEL DERECHO PENAL

JAVIER WILENMANN VON BERNATH
Universidad Adolfo Ibáñez

RESUMEN: El artículo defiende una teoría interactiva de la especificidad del derecho penal. Sostiene que el comportamiento distintivo del derecho penal se puede vincular a la interacción de cinco rasgos: es una práctica institucional administrada por una burocracia grande y especializada, desempeña un papel sustancial en la autorización del uso de la fuerza policial coercitiva, lo que lleva a un régimen de sanciones severo vinculado, al menos en parte, a infracciones a normas de comportamiento fundamentales y a nociones de responsabilidad personal. Aunque ninguno de estos rasgos es exclusivo del derecho penal, su interacción conduce a modos de comportamiento que lo distinguen de otras instituciones. El artículo argumenta que prestar atención a los efectos de esta interacción nos proporciona herramientas poderosas para comprender y evaluar el valor y los problemas del derecho penal.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal, sistema penal, especificidad.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando nos preguntamos acerca de la especificidad de una práctica institucional, podemos tener en mente dos objetivos generales. Por un lado, podemos querer caracterizar los procesos intelectuales que nos permiten diferenciar esa práctica de otras con rasgos similares. Llamemos a esto un objetivo descriptivo. Por otro lado, podemos desear indagar en las razones por las cuales, y las condiciones bajo las cuales esa práctica –que asumimos que es intelectualmente distinguible de otros fenómenos– merece ser preservada o debe, en realidad, ser cambiada¹. Llamemos a esto el objetivo normativo². Estos objetivos suelen

¹ Esto es a lo que FARMER, Lindsay. *Making the Modern Criminal Law*, Oxford y Nueva York: Oxford University Press (2016), *passim*, hace referencia como la teoría deliberada de la especificidad del derecho penal.

² Para un análisis de las razones (cargas, objetivos) citadas por los académicos del derecho penal a favor del derecho penal, véase RISTROPH, Alice. “An Intellectual History of Mass Incarceration”, en Boston College Law Review 60(7) (2019), p. 1979; y MAYSON, Sandra G. “The Concept of Criminal Law”, en *Criminal Law and Philosophy* 14(3) (2020), p. 452.

estar conectados: los objetivos descriptivos sirven, por ejemplo, como premisas para argumentos normativos. Pero al menos los objetivos descriptivos se pueden perseguir de manera autónoma.

Ya sea normativo o descriptivo, cualquier discurso sobre la particularidad o especificidad de una práctica requiere un método conceptual para abordar la cuestión de la diferencia. Esto es inherente al concepto de “especificidad”. Formalmente, parecen estar disponibles tres operaciones conceptuales. Podemos llamar a la primera “monismo”. Un enfoque monista requiere identificar una característica específica que distinga a la práctica supuestamente distinta de otras. Este es un enfoque tentador: un esquema unívoco ofrece claridad al evaluar lo que caracteriza a una práctica o cómo juzgar las reformas³.

Dado que, por definición, el papel diferenciador será desempeñado por una característica discreta, el argumento depende de la plausibilidad de atribuir exclusividad a esa característica. Pero en el mundo caótico de las prácticas legales, cualquier teoría monista que postule la exclusividad categórica de una característica distintiva parece fácil de refutar simplemente señalando otras prácticas institucionales que comparten esa característica. Es siempre sencillo refutar una teoría monista de la particularidad del derecho penal que sostenga, por ejemplo, que la persecución de objetivos institucionales de “castigo” es lo distintivo del derecho penal, mostrando cómo otras instituciones legales muestran la característica supuestamente exclusiva. No es difícil aquí dar cuenta como regímenes de responsabilidad civil con características punitivas o las sanciones administrativas constituyen ejemplos en contra⁴. Por esta razón, una respuesta monista a la cuestión de la singularidad probablemente se basará en una cuestión de grado. El derecho penal sería especial porque serviría a objetivos no exclusivos de manera más intensa (sería “más severo”), o porque estaría más centralmente definido por ciertas ideas no exclusivas (por ejemplo, nociones de responsabilidad o culpabilidad)⁵. Este es el único tipo de monismo que considero plausible.

El segundo enfoque, “pluralismo estático”, requiere identificar un conjunto de características que distingan a la práctica penal de otras. A diferencia del

³ Críticas a la prevalencia de este tipo de pensamiento en la teoría del derecho penal se encuentran en CAHILL, Michael T. “Punishment Pluralism”, en WHITE, Mark (ed.), *Retributivism*, Nueva York: Oxford University Press (2011), p. 25; y HUSAK, Douglas. “Holistic Retributivism”, en *California Law Review* 88(3) (2000), p. 991.

⁴ CHIAO, Vincent. *Criminal Law in the Age of the Administrative State*, New York: Oxford University Press (2018), cap. 5.

⁵ CHIAO, Vincent. “What is the Criminal Law For?”, en *Law and Philosophy* 35(2) (2016), pp. 158-159.

monismo, los enfoques pluralistas se centran no en la exclusividad de una característica discreta, sino en la exclusividad de la suma de las partes. Como tal, el pluralismo tiene ventajas que reflejan las limitaciones del monismo. En resumen, en el mundo caótico de las prácticas legales, es más probable que el derecho penal se pueda caracterizar como distintivo en función de un conjunto exclusivo de características individualmente no exclusivas en lugar de una característica exclusiva. La teoría ciertamente pierde rigurosidad normativa, pero gana en plausibilidad descriptiva.

En este artículo, defiendo un tercer enfoque que llamaré “pluralismo dinámico”. Con “pluralismo dinámico” me refiero a un enfoque de la cuestión de la especificidad que se centra en los efectos resultantes de la interacción entre un conjunto de características no exclusivas. Al igual que el pluralismo estático, el pluralismo dinámico no requiere la exclusividad individual como estándar de corrección en la cuestión de la diferencia. Pero difiere del pluralismo estático al proporcionar un modelo⁶ que nos permite ver qué hace que la suma de las partes sea distintiva a pesar de la falta de exclusividad individual, al pensar en los efectos que surgen de la interacción entre las características individuales.

Como un enfoque que se basa en descripciones de interacciones prácticas, mi enfoque encuentra su fuerza principal en los objetivos descriptivos (es decir, no normativos) relacionados con la cuestión de la especificidad del derecho penal. Espero mostrar que proporciona un modelo útil para comprender por qué la práctica institucional que llamamos “derecho penal” tiene un *comportamiento distintivo*⁷. Tomando las categorías de Alice Ristroph, mi enfoque proporciona una teoría normativamente agnóstica de la especificidad operativa del derecho penal⁸. Mi intención es mostrar que, a pesar de la heterogeneidad institucional en diferentes territorios, algunos patrones recurrentes de comportamiento pueden explicarse como resultado de la interacción entre características comunes a las prácticas de derecho penal en los sistemas contemporáneos. Este enfoque descriptivo e institucional implica una renuncia inicial a los objetivos normativos. Pero nos proporciona herramientas poderosas para comprender diferentes formas de comportamiento relacionadas con el objeto

⁶ No pretendo sugerir que no haya otros modelos disponibles. En teoría normativa, la combinación de una función dada con un enfoque distintivo para satisfacerla a menudo proporciona dicho modelo: el derecho penal es distintivo porque condena los actos morales de una manera distintiva o porque impone costos específicos en la realización de una conducta determinada, etc.

⁷ FARMER, ob. cit., p. 22.

⁸ RISTROPH, Alice. “Criminal Law as Public Ordering”, en *University of Toronto Law Journal* 70(1) (2020), p. 69.

institucional “derecho penal” y dirige nuestra atención hacia una consideración normativa de algunos efectos interactivos comunes de la práctica.

Procederé de la siguiente manera. En la sección II, proporcionaré una descripción de cinco características centrales de la justicia penal contemporánea en diversas jurisdicciones. Aunque asumo que estas características son centrales para el derecho penal contemporáneo en diversas jurisdicciones, no pretendo sugerir que agoten sus características distintivas, ni que por sí solas sirvan para distinguir el derecho penal de otros tipos de práctica legal. Luego, en la sección III, identifico algunas características que resultan de las interacciones entre estas características discretas.

II. CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS DE LA INSTITUCIÓN DEL DERECHO PENAL

Mi estrategia requiere, en primer lugar, identificar un conjunto de características relevantes de la práctica del derecho penal. Con ese conjunto como punto de partida, podemos representar la institución haciendo referencia a las interacciones entre estas características.

Este primer paso enfrenta desafíos que pueden parecer intimidantes. ¿Cómo podemos identificar características perdurables de una práctica artificial? En el ámbito de las ideas, esto es ciertamente posible, pero la aspiración al realismo debe enfrentarse a la heterogeneidad de las prácticas contingentes. Esto es especialmente problemático cuando se aspira a dar cuenta del carácter distintivo “del” derecho penal en vez de aquél de un lugar específico.

Mi intención es sortear este desafío de manera general. Sólo me referiré a características que considero que están presentes en la mayoría (quizás todas) de las naciones occidentales (asumiendo que los sistemas penales latinoamericanos se encasillan, de modo más o menos feliz, allí). La variabilidad institucional y cultural puede ser alta en lo que respecta a la encarnación de cada una de estas características en los sistemas legales. Pero dado que muchos patrones distintivos de comportamiento relacionados con el derecho penal dependen de percepciones generales o hechos institucionales muy simples (por ejemplo, la existencia de una gran y especializada burocracia de imposición del derecho penal), estas diferencias no son significativas para mi argumento.

La primera de estas características se relaciona con la administración del derecho penal. La justicia penal contemporánea es una práctica administrada por *una burocracia grande y especializada*⁹. Dejo por el momento de lado la

⁹ WILLIAMS, Glanville. “The Definition of Crime”, *Current Legal Problems* 8(1) (1955), p. 107, argumentó célebremeante que el uso de los procedimientos penales define el derecho penal. Este punto expresa la misma idea, pero en términos organizativos en lugar de legalistas.

parte más grande de esa burocracia, la policía, ya que sus poderes trascienden el derecho penal. Pero los sistemas legales contemporáneos suelen instituir otras agencias cuyo único propósito se relaciona casi exclusivamente con la administración del derecho penal. Estas incluyen las fiscalías, los tribunales penales y las agencias penitenciarias y de supervisión comunitaria. Las decisiones formales de criminalización otorgan competencia a esta gran burocracia. Por lo tanto, a diferencia de otros regímenes sancionadores, el derecho penal casi invariablemente incluye un gran aparato de imposición¹⁰.

La segunda característica se refiere a la relación del derecho penal con la policía estatal¹¹. Las normas y prácticas del derecho penal *desempeñan un papel significativo en la autorización del uso de acciones policiales coercitivas* (detenciones, uso de la fuerza) para prevenir o facilitar la sanción de delitos penales. Por lo tanto, el uso de la técnica regulatoria del “derecho penal” implica ampliar las competencias sustantivas de la policía para controlar y gestionar a la población¹².

Las tres últimas características son probablemente las más populares en la teoría del derecho penal: el derecho penal es un régimen de sanción severo dirigido al menos contra delitos fundamentales según ciertas nociones de responsabilidad personal y culpabilidad.

Aunque no hay necesidad conceptual de que el derecho relativo a los crímenes (como “ley del delito”) se instituya como una ley “penal”, la justicia penal moderna asocia un tratamiento severo y represivo al establecimiento de la culpabilidad. Muchas de estas sanciones tienen una función de control, como es obvio en el encarcelamiento y en la mayoría de las formas de supervisión comunitaria. Sin embargo, probablemente ninguna de estas penas sea exclusiva del derecho penal. Incluso algunas formas de custodia correccional (por ejemplo, la custodia civil) se instituyen como no penales por naturaleza. Pero

¹⁰ Véase BROWN, Darryl. “History’s Challenge to Criminal Law Theory”, en *Criminal Law and Philosophy* 3(3) (2009), p. 271; RISTRUPH, “An intellectual...” ob. cit.

¹¹ DUBBER, Markus ha argumentado, más recientemente en *The Dual Penal State* (Nueva York: Oxford University Press, [2018]), que el poder policial y el derecho penal constituyen dos modos diferenciados de gobernanza. Sin embargo, la distinción se refiere a aspiraciones. El argumento de Dubber se centra precisamente en el hecho de que en la gobernanza moderna ambos se entrelazan.

¹² Sería un error comparativo asumir que el derecho penal es el único cuerpo de normas que condiciona la acción policial del Estado. Sin embargo, en muchos sistemas, como en el derecho constitucional de los Estados Unidos en relación con los decomisos, la conexión con un delito es una herramienta legal central para establecer los poderes policiales. Pero incluso en jurisdicciones con cuerpos autónomos de derecho policial preventivo, los delitos flagrantes también desencadenan los poderes de arresto. Esto es suficiente para mi argumento.

estas son excepciones. En su mayor parte, los instrumentos más severos de control social resultan de la aplicación del derecho penal. El derecho penal (en acción) condiciona el uso de una serie de herramientas coercitivas de control social estatal.

La cuarta y quinta características proporcionan la supuesta justificación de la tercera. La práctica del derecho penal administra la reacción punitiva a delitos fundamentales como el asesinato, la violación, el robo, las lesiones corporales severas, etc. La criminalización actual ciertamente se extiende mucho más allá de lo que comúnmente se denomina “delitos *mala in se*”¹³. Sin embargo, la expansión de la criminalización no hace que la criminalización de *mala in se* sea irrelevante para explicar el comportamiento del derecho penal. Al revés, la asociación del derecho penal con conductas que pueden ser consideradas *mala in se* tiene un importante efecto secundario: sea cual sea el tipo de conducta que pueda ser criminalizada, criminalizarla es retratarla como algo en común con delitos fundamentales. La mayoría de las implicaciones culturales del derecho penal surgen de esta característica, así como de la quinta y última característica, es decir, la programación del derecho penal según nociones de responsabilidad personal y culpabilidad. Nuevamente, estos efectos simbólicos se producen bajo la percepción de que el derecho penal opera de acuerdo con estos principios, independientemente de si otros modelos de atribución (responsabilidad objetiva, criminalización preventiva, etc.) operan en la práctica. Ambas características implican que el conjunto de herramientas de sanción y control gestionadas a través de la justicia penal están, para bien y para mal, culturalmente vinculadas a concepciones centrales de culpa y delito en la interacción humana.

III. DISTINTIVIDAD COMO INTERACCIÓN: CONCEPTUALIZANDO EL COMPORTAMIENTO ESPECÍFICO DEL DERECHO PENAL

En esta sección, ilustraré acerca de la afirmación de que el estudio de los efectos interactivos de las características centrales del derecho penal moderno es necesario para comprender su comportamiento distintivo. Lo hago abordando tres características del derecho penal que surgen de algunas interacciones entre sus características no exclusivas. Dos de ellas se refieren a la interacción entre las condiciones reales de funcionamiento del derecho penal y algunas de

¹³ Véase el clásico de HUSAK, Douglas. *Overcriminalization*, Oxford and New York: Oxford University Press (2008). Para un acercamiento empírico, véase CHALMERS, James y LEVERICK, Fiona. “Quantifying Criminalization”, en DUFF, R.A. et al. (eds.), *Criminalization. The Political Morality of the Criminal Law*, Oxford and New York: Oxford University Press, (2014), p. 54.

sus ideas centrales. La tercera se refiere a los efectos políticos que surgen de la concentración del poder moral (que significa culpa y delito fundamental) en el derecho penal.

Consideremos primero la relación entre el hecho de que el derecho penal sirva para hacer uso de un conjunto severo de herramientas de control social (principalmente de custodia) y una técnica legal que administra la culpabilidad en respuesta a delitos básicos y especialmente reprochables. Esta relación a veces se representa como una oposición que imita la que existe entre el derecho en los libros –el derecho penal como un conjunto digno de normas– y el derecho penal en acción –el desagradable derecho penal como una herramienta de control–. Con frecuencia, los estudiosos del ámbito normativo se centran en la primera dimensión, reflexionando sobre cómo debería ser el derecho penal, mientras que otros analizan la operación real del sistema penal. Pero en lugar de dividir el trabajo de esta manera, centrarse en la interacción entre estas características proporciona conocimientos mucho más útiles sobre las implicancias (también normativas) del derecho penal como institución legal.

Me concentro en tres posibles consecuencias interactivas. La primera se desprende, como una aspiración, por diseño: una o más características (responsabilidad, delitos básicos y especialmente reprochables) deben servir para limitar el despliegue del control social de custodia. Esta combinación regulativa está destinada a limitar el uso de dichas tecnologías a casos que impliquen responsabilidad personal y delitos especialmente reprochables. Como con cualquier aspiración, sus méritos deben evaluarse desde un punto de vista normativo, y su desempeño debe evaluarse mediante una investigación crítica de las desviaciones de la misma.

La segunda consecuencia se encuentra en el nivel de la producción legislativa del derecho: la combinación de control con un código de responsabilidad minimiza los costos políticos y la resistencia al uso del control social represivo. Consideremos un panorama político en el que los conflictos que conducen a delitos menores y más graves están creciendo. Desde un punto de vista político, es probable que cualquier autoridad sienta presión (o una oportunidad) para actuar. Abordar el problema con políticas a largo plazo probablemente no sea políticamente atractivo. Tal vez invertir en educación o lograr aumentos salariales proporcionaría mejores resultados en la disminución del delito. Pero esto lleva tiempo, moviliza resistencia, probablemente produce pocos resultados inmediatos y, por lo tanto, ofrece pocos retornos políticos positivos. Por otro lado, un político autoritario podría estar inclinado a abordar el creciente temor al delito a través de una aplicación autoritaria de su poder, represión y privaciones de libertad sin garantías procesales. En nuestras condiciones políticas, podemos esperar que esta opción encuentre una gran resistencia.

Sin embargo, el uso de una estrategia de control cuya imposición se basa en la culpa y la responsabilidad es menos probable que encuentre resistencia y es probable que proporcione retornos políticos más fáciles. Así, una técnica de control injusta, ineficaz y costosa, como la encarcelación masiva, se convierte en políticamente posible.

Tercero, la percepción de que el uso del derecho penal se basa en nociones de culpabilidad individual desvía la atención de las deficiencias estructurales sociales de las que surgen el delito y las necesidades de control, como se muestra claramente en su tendencia a centrarse en grupos marginados. De esto se derivan dos consecuencias. La primera es la culpabilización comunicativa de las comunidades pobres y marginadas, descrita por Sandra Mayson como “condena agregada”. “Lo peor de todo, porque cada condena teóricamente es merecida, la condena agregada también puede parecer merecida”¹⁴. La segunda es la posible pasividad en relación con las deficiencias estructurales que dan lugar a la necesidad de un control severo. Como parte del control social se puede proporcionar a través del derecho penal, y ese control desplaza la responsabilidad hacia los infractores, las deficiencias estructurales quedan en segundo plano. La culpabilidad individual toma la delantera.

Todas estas características operan incluso en el contexto de una sociedad decente. Pero se vuelven aún más apremiantes en condiciones de hipertrofia de la criminalización. Cuando el derecho penal se utiliza masivamente para abordar desviaciones y necesidades menores de control social, es probable que se les atribuya una connotación de culpa y, por lo tanto, se expandan para caracterizar a comunidades enteras.

Como hemos visto, el derecho penal también condiciona el despliegue de dos grandes aparatos burocráticos: su propia burocracia especial y la policía. Esto proporciona un segundo conjunto de efectos interactivos similares. El gran aparato de imposición del derecho penal también tiene efectos interactivos con la dependencia del uso de herramientas de control de custodia a través del lenguaje moralizado del derecho penal. En pocas palabras, la policía y la fiscalía adquieren una posición moral a medida que se relacionan con la lógica del derecho penal, de la misma forma como el derecho penal se convierte en una herramienta efectiva para todo tipo de objetivos de control porque es aplicado por un gran aparato burocrático. La omnipresencia del recurso excesivo al derecho penal es fácil de explicar en esas condiciones.

La tercera característica interactiva en la que quiero centrarme se refiere a la combinación de la supuesta preocupación del derecho penal por delitos

¹⁴ MAYSON, ob. cit., p. 460.

básicos y especialmente reprochables y el código de responsabilidad¹⁵. Como hemos visto, esta combinación proporciona un retorno cultural distintivo: en el contexto de conflictos sobre valores sociales, la criminalización proporciona un capital simbólico fuerte¹⁶. Con el término capital simbólico me refiero a recursos que se pueden movilizar en el contexto de conflictos de significación y valores¹⁷. En sociedades plurales, diferentes grupos compiten no solo por el significado atribuido a acciones discretas, sino, sobre todo, por el reconocimiento de los marcos que producen estas significaciones. Los conflictos simbólicos son una parte perdurable de la política moderna porque los problemas sobre los que luchan los grupos políticos –por ejemplo, el aborto, el discurso de odio o incluso el uso de una mascarilla– hacen referencia a marcos más profundos de creación de significado¹⁸. Los temas disputados simbólicamente se convierten en símbolos, es decir, objetos de discusión cuya importancia llega al marco más amplio de creación de significado. Por lo tanto, la criminalización de una conducta que puede simbolizar eficazmente el problema en disputa, como ciertas formas de discurso o el uso de determinada ropa, proporciona un capital importante con una gran resonancia precisamente porque el derecho penal tiene un carácter cuasi natural, popular y centrado en la culpa.

Ciertamente, podemos dudar de que sólo el derecho penal proporcione estos retornos simbólicos. Tal vez el derecho constitucional lo haga aún más. Y los grupos sociales y de interés también intentan apropiarse de este capital a través de la reforma constitucional o mediante litigios constitucionales (y de derechos humanos). Pero el derecho penal expresa directamente la idea del carácter erróneo y de la culpabilidad. Cuando la política de significación alcanza objetos y problemas simbólicos, la criminalización se convierte en una herramienta política casi irresistible. Incluso para los grupos de identidad que

¹⁵ Véase WILENMANN, Javier. “Framing Meaning through Criminalization”, en *New Criminal Law Review* 22(1) (2019), p. 3.

¹⁶ Compárese con el uso del concepto de política de estatus de KAHAN, Dan. “The Secret Ambition of Deterrence”, *Harvard Law Review* 113(2) (1999), p. 413.

¹⁷ Saco el concepto de HALL, Stuart. “The Rediscovery of Ideology: Return of the Repressed in Media Studies”, en GUREVITCH, Michael et al. (eds.), *Culture, Society and the Media*, New York: Methuen, (1982), p. 56.

¹⁸ Hay evidencia de que la actual “polarización” refleja una ampliación de las aplicaciones de marcos ideológicos y de identidad a cuestiones que solían considerarse al margen de estas divisiones. Ver DELLAPOSTA, Daniel. “Pluralistic Collapse: The ‘Oil Spill’ Model of Mass Opinion Polarization”, en *American Sociological Review* 85(3) (2020), p. 507. Esto presagia una presión para aumentar el uso simbólico del derecho penal para la confirmación de marcos ideológicos.

movilizan marcos liberales, antipoder y antipena, como el feminismo o los diferentes movimientos sociales que abordan la violencia policial, este capital aparece con mucha frecuencia como demasiado importante para prescindir de él. No es poco frecuente, de hecho, que termine siendo movilizado como el principal objetivo institucional buscado.

IV. RENDIMIENTOS NORMATIVOS DE UNA TEORÍA DESCRIPTIVA

Buena parte de la discusión contemporánea sobre la especificidad del derecho penal ha tenido un carácter normativo. Las preguntas centrales que se plantean en este ámbito dicen relación con el valor que debe asignarse *al discurso académico* que afirma que la práctica del derecho penal tiene o puede tener un valor distintivo y positivo¹⁹. En palabras de Alice Ristroph, la discusión central se ha concentrado en el *excepcionalismo* de la teoría del derecho penal, en lugar de cuestionar la excepcionalidad práctica de la justicia penal. ¿Qué puede ofrecer mi contribución sobre la “excepcionalidad” del derecho penal a la discusión sobre el *excepcionalismo*?

La pregunta se relaciona con el difícil problema de la relación entre el análisis de dinámicas institucionales y políticas, y la teorización normativa inspirada en la filosofía moral y política. Al igual que en la filosofía política en general, ese problema se ha convertido en una pregunta central en la filosofía contemporánea del derecho penal. El hecho mismo de que el debate entre teorías ideales y no ideales haya encontrado una iteración en el campo, como señala Matt Matravers, es un desarrollo prometedor, destacado por el presente debate. Sin embargo, ese desarrollo sólo puede llevar a resultados interesantes si va más allá del guión repetitivo en el que los académicos críticos señalan que existe una distancia importante entre las teorías ideales y la práctica –para luego criticar que las teorías ideales pueden desempeñar un papel en permitir que se sostengan instituciones injustas–, y los teóricos ideales responden que ninguna crítica sería posible tener lugar sin pensamiento normativo ideal. En esta sección, mi objetivo es mostrar el papel que puede desempeñar mi contribución.

El debate sobre el excepcionalismo en el derecho penal lanzado por Alice Ristroph puede leerse como un tipo específico de ataque a la teoría ideal en el derecho penal. Ella sugiere que la aparición de un discurso centrado en justificar el valor abstracto del derecho penal puede haber desempeñado un

¹⁹ Véase Matt MATRAVERS, en *Criminal Law and Philosophy* [2023] 17, señalando la concentración en la cuestión de “excepcionalismo” en lugar de “excepcionalidad”.

papel de legitimación pasiva²⁰. Al defender la existencia de una institución con un valor operativo único, el espíritu de la teoría del derecho penal puede haber favorecido la política de encarcelamiento masivo en los Estados Unidos, con independencia de que se tratara de filósofos liberales que defendían una concepción idealista del derecho penal y se oponían a las políticas que llevaron a ese resultado²¹.

¿Qué contribución hace mi artículo al debate sobre el papel de la teoría ideal frente a una institución profundamente injusta?

En primer lugar, dado que mi artículo se centra en las dinámicas que refuerzan el estatus del derecho penal como régimen de control social general de facto, el argumento se relaciona con las discusiones sobre el papel de la teoría ideal del derecho penal en influir en la expansión de la justicia penal. Mi argumento aquí refuerza la crítica de Ristroph. La comprensión del derecho penal como un conjunto de reglas centradas en nociones justas de responsabilidad y castigo interactúa con otras características de la institución del derecho penal para convertirla en una institución políticamente expansiva. Estas otras características inductoras de expansión incluyen los retornos políticos asociados con el uso del derecho penal y la conexión del derecho penal con una gran infraestructura de ejecución. Esto, por supuesto, es una característica de la institución del derecho penal y no principalmente de los discursos académicos que la rodean. Sin embargo, la argumentación de Ristroph de que el excepcionalismo respalda esa configuración al resaltar constantemente nociones de responsabilidad y castigo justo parece plausible, ya que muchas de las dinámicas políticas del derecho penal se basan en estas nociones²².

Mi enfoque sugiere, además, que las tendencias expansivas del derecho penal no dependen exclusivamente de factores políticos exógenos, sino que son más bien inmanentes a la combinación de democracia representativa y la configuración del control estatal moderno. Por importantes que sean, los factores

²⁰ El argumento está presente desde las contribuciones originales que abogan por una forma no ideal de filosofía política. Véase MILLS, Charles. “Ideal Theory’ as Ideology”, *Hypatia* 20(3) (2005), p. 165.

²¹ RISTROPH. “An intellectual...”, ob. cit., pp. 1993-1996.

²² Sin embargo, hay una exageración cuando Ristroph presenta el excepcionalismo como el fundamento intelectual sobre el cual se construyó la expansión de la justicia penal en los Estados Unidos: esto es difícil de conciliar con el hecho de que esta forma de “excepcionalismo” –la precedencia de la sustancia y la moral sobre el pensamiento sobre la aplicación– es mucho más profunda en contextos donde la expansión sin precedentes está en gran parte ausente. En cierto sentido, la hegemonía de los estudios realistas de las instituciones legales es un caso más claro de excepcionalismo intelectual estadounidense.

exógenos y no repetitivos entre países pueden desviar la atención de la naturaleza intrínsecamente expansiva del derecho penal moderno. Las cuestiones de dominación de clase o raza, o los cambios en la orientación de la política, desde la racionalidad hasta el populismo, a menudo se han invocado para explicar la falta de adhesión de los estados modernos a una concepción liberal del derecho penal o a una “política criminal racional”. Esto ofrece una solución fácil para los teóricos ideales. ¡El problema radica en las fuerzas ideológicas en cuestión! En un Estado no racista y justo, o en un Estado no populista sino que racional, etc., el derecho penal podría operar de acuerdo con principios justos. Sin embargo, mi argumento no se centra en movimientos políticos distorsionados o problemáticos, sino en dinámicas que surgen del lugar del derecho penal y su aparato de ejecución en las democracias modernas. En una democracia representativa, el derecho penal tiende a proporcionar las ventajas y los retornos políticos que he rastreado.

Hasta ahora, estoy de acuerdo con Ristoph en cuestionar el valor de una práctica centrada en reconstrucciones racionales del castigo estatal. Sin embargo, también estoy de acuerdo con Duff y Marshall en que, en un contexto en el que la práctica del derecho penal se desvía de manera tan radical de una versión ideal justificable, no es obvio cuál debería ser la postura de los académicos enfocados en la normatividad. Este es un camino de dos vías. Tanto las actitudes abolicionistas como las reformistas se enfrentan a las mismas dinámicas de la justicia penal que ponen presión sobre la viabilidad política de las ideas normativas, hacen que los retrocesos estructurales hacia cambios importantes sean probables y, en general, presentan un panorama de resistencia. Tanto los teóricos ideales moderados como los radicales tienden a evitar las preguntas sobre la recepción política, apelando al reparto de tareas (¡Dejemos que otra persona piense en la implementación política de nuestras ideas!) o a la prioridad de la estructura ideológica sobre las cuestiones de política (¡Ganemos primero la adhesión a un programa simple y luego enfoquémonos en un nuevo régimen político!). Quien presenta un argumento abolicionista tiende a no preocuparse demasiado por las oportunidades políticas que ello abre para obtener precisamente los resultados contrarios o para aumentar los niveles de violencia en ciertos espacios sociales.

En otras palabras, los teóricos normativos, tanto optimistas como pesimistas, tienden a evadir el problema de la persistencia funcional de las demandas de control social y las dinámicas que surgen de la necesidad política de abordarlas. Quizás nuestro principal desafío en la academia radica en plantear las preguntas incómodas que quedan escondidas detrás de esta forma de pensar. Claro, deberíamos abolir o reformar el sistema de procesamiento masivo de delitos

menores. Pero ¿cómo se manejará la demanda de control social de bajo nivel si reducimos, como deberíamos, las operaciones de la justicia penal? La respuesta habitual es: mediante un mayor bienestar social. Es posible que haya un intercambio claramente beneficioso en aumentar el bienestar social y reducir la inversión en justicia penal. Pero un mayor bienestar social, en el mejor de los casos, reducirá esa demanda; no la eliminará. O, ¿cómo controlamos la violencia privada si reducimos la vigilancia y, por lo tanto, abrimos el campo de las respuestas privadas o comunitarias?

La institución de la justicia/derecho penal, con las cinco características que he rastreado, tiene desventajas precisamente porque tiende a representar las operaciones de control social en su forma más aceptable y puede, por lo tanto, fomentar llamados a expansiones perjudiciales de esas operaciones. Pero las demandas de control social y la necesidad de prácticas institucionales que funcionen para satisfacer esas demandas persistirán, incluso en ausencia de una práctica que se asemeje aproximadamente a la justicia penal actual.

V. CONCLUSIÓN

He argumentado que comprender la distintividad del derecho penal como institución legal requiere ir más allá del enfoque en sólo una o más características discretas que se consideran para delimitar el derecho penal. Si queremos entender el comportamiento distintivo del derecho penal, debemos prestar atención a las interacciones entre características recurrentes en diferentes jurisdicciones.

He intentado ilustrar los beneficios de un enfoque más holístico al discutir tres características interactivas: las consecuencias políticas de abordar las necesidades de control social con programas vinculados a la responsabilidad (como el derecho penal), la omnipresencia del recurso al derecho penal debido a su asociación con un gran aparato de ejecución, y el capital simbólico asociado al derecho penal. Estos tres efectos no agotan los beneficios que ofrece un enfoque más holístico. Argüiblemente, la principal deficiencia de la teoría del derecho penal se relaciona con la atención insuficiente que presta a la gran y especial burocracia del derecho penal y sus vínculos con el poder policial.

BIBLIOGRAFÍA

- BROWN, Darryl. “History’s Challenge to Criminal Law Theory”, en *Criminal Law and Philosophy* 3(3) (2009), pp. 271-287.
- CAHILL, Michael T. “Punishment Pluralism”, en WHITE, Mark (ed.), *Retributivism*, Nueva York: Oxford University Press (2011).

- CHALMERS, James y LEVERICK, Fiona. “Quantifying Criminalization”, en DUFF, R.A. et al. (eds.), *Criminalization. The Political Morality of the Criminal Law*, Oxford and New York: Oxford University Press, (2014).
- CHIAO, Vincent. “What Is the Criminal Law For?”, en *Law and Philosophy* 35(2) (2016), pp. 137-163.
- _____. *Criminal Law in the Age of the Administrative State*, New York: Oxford University Press (2018).
- DELLAPOSTA, Daniel. “Pluralistic Collapse: The ‘Oil Spill’ Model of Mass Opinion Polarization”, en *American Sociological Review* 85(3) (2020), pp. 507-536.
- DUBBER, Markus. *The Dual Penal State*, Nueva York: Oxford University Press, (2018).
- FARMER, Lindsay. *Making the Modern Criminal Law*, Oxford y Nueva York: Oxford University Press (2016).
- HALL, Stuart. “The Rediscovery of Ideology: Return of the Repressed in Media Studies”, en Gurevitch, Michael et al. (eds.), *Culture, Society and the Media*, New York: Methuen, (1982), pp. 56-90.
- HUSAK, Douglas. “Holistic Retributivism”, en *California Law Review* 88(3) (2000), pp. 991-1000.
- _____. *Overcriminalization*, Oxford and New York: Oxford University Press (2008).
- KAHAN, Dan. “The Secret Ambition of Deterrence”, *Harvard Law Review* 113(2) (1999), pp. 413-500.
- MAYSON, Sandra G. “The Concept of Criminal Law”, en *Criminal Law and Philosophy* 14(3) (2020), pp. 447-464.
- MILLS, Charles. “‘Ideal Theory’ as Ideology”, *Hypatia* 20(3) (2005), pp. 165-184.
- RISTROPH, Alice. “Criminal Law as Public Ordering”, en *University of Toronto Law Journal* 70(1) (2020), pp. 64-83.
- _____. “An Intellectual History of Mass Incarceration”, en *Boston College Law Review* 60(7) (2019), pp. 1949-2010.
- WILENMANN, Javier. “Framing Meaning through Criminalization”, en *New Criminal Law Review* 22(1) (2019), pp. 3-33.
- WILLIAMS, Glanville. “The Definition of Crime”, *Current Legal Problems* 8(1) (1955), pp. 107-130.

JURISPRUDENCIA

I. Derecho Penal (Parte General)

EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN PROCESOS DE EXTRADICIÓN

ANTONIO SEGOVIA ARANCIBIA*

Universidad Adolfo Ibáñez

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago se pronuncia sobre la solicitud de *ampliación* de extradición formulada por el Ministerio Público en contra del requerido J.A.R.A. Desde una perspectiva procedural, el fallo se dicta luego que el requerimiento de la Fiscalía fuera conocido por el 4º Juzgado de Garantía de Santiago y elevado ante la instancia superior. En este sentido, conviene recordar que los procesos de extradición *activa* –es decir, aquellos que inciden en peticiones formuladas por autoridades chilenas a otros Estados–, constan de dos etapas bajo la regulación doméstica: una primera ante el Juzgado de Garantía competente¹, y la segunda ante la Corte de Apelaciones respectiva. Es este último tribunal quien en definitiva solicita, en nombre del Estado de Chile, la extradición de una o más personas a las autoridades competentes extranjeras que correspondan².

* Abogado, Universidad de Chile. MSc Criminal Justice Policy, The London School of Economics and Political Science (LSE). Profesor invitado Universidad Adolfo Ibáñez.

¹ Esta parte del proceso se encuentra regulada esencialmente en los artículos 431 y 432 del Código Procesal Penal. El primero se hace cargo de los requisitos que deben cumplirse para formular el pedido de extradición: que se hubiere formalizado la investigación, que el delito pesquisado tuviere asignada en la ley una pena privativa de libertad cuya duración mínima excediere de un año, o se pida para el cumplimiento de una sentencia definitiva condenatoria que hubiere impuesto una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo superior a un año; y que el imputado se encuentre en el extranjero. La solicitud al Juez de Garantía es que eleve los antecedentes a la Corte de Apelaciones, a fin de que este tribunal pida la extradición si lo estima procedente. El artículo 432, por su parte, regula la tramitación ante el Juez de Garantía, que en lo fundamental exige al fiscal a cargo del caso formalizar *en ausencia* la investigación en contra del imputado, si no estuviera previamente formalizada, acreditar el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 140 del Código (para ordenar la prisión preventiva), y probar el país y lugar donde se encontrara el requerido.

² Ello, conforme lo dispuesto en el artículo 431 inciso primero y 436 del Código Procesal Penal. La primera norma, en lo pertinente, dispone: “[...] a fin de que este tribunal, si estimare procedente la extradición del imputado al país en el que actualmente se encuentre, ordene sea pedida.”. La tramitación *formal* de esta solicitud al Estado requerido se realiza por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, como lo exigen los artículos 436 y 437 del Código.

A nivel *sustantivo*, la decisión de los jueces se hace cargo de una situación particular: el requerido ya se encontraba en Chile, privado de libertad en el Centro de Cumplimiento Penitenciario Colina II, de la ciudad de Santiago³. La medida cautelar personal que lo afectaba, había sido ordenada en el marco de una investigación dirigida en su contra por su presunta participación en la comisión de dos delitos de robo con fuerza en lugar habitado, previsto y sancionado en el artículo 440 N° 1 del Código Penal; y un delito de robo con violencia, tipificado en el artículo 436 en relación a los artículos 432, 433 y 439 del Código Penal, cometidos los días 2 y 3 de mayo de 2018. Fue en la investigación de dichos ilícitos que la Fiscalía solicitó su extradición a Argentina, al constatar que se encontraba en ese país y no en territorio nacional, lo que hacía imposible continuar el procedimiento en su contra sin que mediara previamente su entrega⁴. En otros términos: el imputado fue ubicado en Argentina y se solicitó, en un primer momento, su extradición sólo por los delitos cometidos a comienzos de mayo del 2018, y no por el que motiva el fallo en comento. Este último fue perpetrado en abril de ese año, antes de que la Fiscalía pidiera su extradición a Argentina y antes, por lo tanto, de que fuera entregado a las autoridades chilenas.

Pueden existir múltiples motivos por los cuales un pedido de extradición a otro país no incluya *todos* los delitos que se le imputan haber cometido a la persona investigada, y respecto de los cuales los tribunales del Estado requirente tengan jurisdicción para conocer y juzgar. Una posible razón es que dentro de aquellos delitos imputados, algunos no cumplan con la característica de ser *extraditables*⁵. Otra posibilidad es que los delitos anteriores fueran de-

Cabría agregar que dicho organismo ostenta además el rol de *Autoridad Central* en materia de extradiciones, es decir, es el punto de contacto formal del Estado de Chile para transmitir y recibir solicitudes de extradición. En materia de asistencia mutua internacional, la Autoridad Central reside en el Ministerio Público a través de su Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones (UCIEX).

³ Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 2023, rol N° 5503-2022, considerando cuarto.

⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de octubre de 2018, rol N° 5351-2018.

⁵ Es decir, que cumplan con los requisitos mínimos para ser objeto de un proceso de extradición según las reglas contenidas en los tratados o convenciones aplicables o en los Principios Generales de Derecho Internacional, y que en general son los siguientes: i) que el delito tenga asignada una cierta pena mínima, usualmente de al menos un año de privación de libertad, o se trate de una condena a una pena efectiva de privación de libertad mayor a un año (principio de la mínima gravedad); ii) que los *hechos* por los cuales se pide la extradición estén incriminados como delito tanto en el Estado requirente como en el requerido

nunciados o conocidos después que se hubiera concretado la petición formal. Una tercera alternativa es que la Fiscalía hubiera recopilado antecedentes suficientes para formalizar la investigación y acreditar los elementos descritos en el artículo 140 del Código Procesal Penal –requisitos exigidos para que el Juzgado de Garantía competente apruebe la solicitud de extradición en dicha etapa del proceso⁶, también con posteridad a la solicitud formulada al Estado requerido. Cualquiera sea el motivo, lo cierto es que, a la luz del principio de *especialidad*, le está vedado a los tribunales chilenos juzgar a requeridos –o hacer cumplir condenas impuestas– por delitos cometidos con anterioridad a la extradición, cuando ellos no fueron incluidos en el pedido original. Bajo este argumento es que la Fiscalía solicita *ampliar* la solicitud de extradición, con el objeto de que la Corte requiera a las autoridades argentinas autorización –en la forma de una nueva extradición– para que el imputado sea juzgado por estos “nuevos” delitos. El tribunal se hace cargo de estas circunstancias, señalando que el requerido “[...] no se encuentra extraditado para esta causa, por lo que jurídicamente se encuentra aún en la República de Argentina...”⁷ y, conforme a la regla subyacente al principio de especialidad, se impide “[...] al Estado requirente procesar o castigar al individuo por un delito distinto, que no haya sido incluido en el pedido de extradición”⁸.

(principio de la doble incriminación); iii) que no se trate de delitos políticos, o conexos a éstos; iv) que la acción penal o la pena no se encuentren prescritas, en el territorio de uno o ambos Estados involucrados en el proceso; v) que el Estado requirente tenga jurisdicción para conocer y juzgar los hechos; vi) que el delito no haya sido objeto de un pronunciamiento judicial previo (*ne bis in idem*) o esté siendo investigado actualmente; vii) que la extradición se haya solicitado para juzgar los hechos por parte de un tribunal *ad hoc* o un tribunal militar. En general, puede verse HARRINGTON, JOANNA. “Extradition of transnational criminals”, en BOITSER, Neil; CURRIE, Robert J. (eds.), *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*. New York: Routledge, pp. 153-166. Cabe precisar que algunos instrumentos internacionales tienen algunos matices al respecto. Véase, por ejemplo, el artículo 16.2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que señala: “Cuando la solicitud de extradición se base en varios delitos graves distintos, algunos de los cuales no estén comprendidos en el ámbito del presente artículo, el Estado Parte requerido podrá aplicar el presente artículo también respecto de estos últimos delitos”. NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000).

⁶ *Vid.* Nota N° 2.

⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 2023, rol N° 5503-2022, considerando cuarto.

⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 2023, rol N° 5503-2022, considerando noveno.

Desde una perspectiva positiva, la Corte se apoya en las normas que regulan el principio de especialidad en la Convención que sirve de base jurídica a este proceso concreto⁹. En efecto, el artículo XVII letra a) de la Convención de Montevideo¹⁰, instrumento jurídico fundante del proceso que motiva el fallo en análisis, dispone:

“Artículo XVII.- Concedida la extradición, el Estado requirente se obliga: a) A no procesar ni a castigar al individuo por un delito común cometido con anterioridad al pedido de extradición y que no haya sido incluido en él, a menos que el interesado manifieste expresamente su conformidad”

La norma, citada por el tribunal¹¹, prohíbe con toda claridad que una persona sea juzgada por delitos cometidos con anterioridad al pedido de extradición y que no hayan sido incluidos en él, a menos que el requerido acepte expresamente aquello. En consecuencia, ante la ausencia de dicho consentimiento expreso por parte del imputado, la única alternativa posible para la Fiscalía es pedir una nueva solicitud de extradición, o *ampliación* de la original, en virtud de la cual el Estado requerido autorice –o no– el juzgamiento por estos ilícitos diferentes. Otras convenciones multilaterales y tratados bilaterales en materia de extradición incluyen normas similares. A nivel multilateral, puede citarse en la región, además de la Convención de Montevideo, el Acuerdo del Mercosur en materia de extradición¹², referido también en el fallo de la Corte¹³, cuyo artículo 14 aborda la cuestión del principio de especialidad de la siguiente manera:

⁹ Es decir, la base normativa del requerimiento (que puede ser un tratado bilateral, multilateral o eventualmente Principios Generales de Derecho Internacional). Al respecto, ampliamente, SEGOVIA, Antonio. “¿Extradición fundada en ‘cortesía internacional’? Comentario a sentencia de la Corte Suprema rol N° 39598-2020”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 79 (agosto 2020), pp. 127-143.

¹⁰ Convención sobre extradición suscrita en Montevideo, República Oriental del Uruguay, el 26 de diciembre de 1933. Promulgada por Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 942, del 6 de agosto de 1935, publicado en el Diario Oficial con fecha 19 de agosto de 1935.

¹¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 2023, rol N° 5503-2022, considerando noveno.

¹² Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, suscrita en Río de Janeiro, República Federativa de Brasil, el 10 de diciembre de 1998. Promulgada mediante Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 35, de fecha 17 de febrero de 2012, publicado en el Diario Oficial con fecha 18 de abril de 2012.

¹³ Considerando noveno.

“Artículo 14. Principio de la Especialidad. 1. La persona entregada no será detenida, juzgada ni condenada en el territorio del Estado Parte requirente por otros delitos cometidos con anterioridad a la fecha de la solicitud de extradición y no contenidos en ésta, salvo en los siguientes casos: a) cuando la persona extraditada, habiendo tenido la posibilidad de abandonar el territorio del Estado Parte al que fue entregada, haya permanecido voluntariamente en él por más de 45 días corridos después de su liberación definitiva o regresare a él después de haberlo abandonado; b) cuando las autoridades competentes del Estado Parte requerido consintieren en la extensión de la extradición a efectos de la detención, enjuiciamiento o condena de la persona reclamada por un delito distinto del que motivó la solicitud. 2. A este efecto, el Estado Parte requirente deberá remitir al Estado Parte requerido una solicitud formal de extensión de la extradición, la que será resuelta por este último. La solicitud deberá estar acompañada de los documentos previstos en el párrafo 4 del artículo 18 de este Acuerdo y del testimonio de la declaración judicial sobre los hechos que motivaron la solicitud de ampliación, prestada por el extraditado con la debida asistencia jurídica”.

Como puede apreciarse, la regulación en el ámbito del Mercosur es bastante más completa que la de Montevideo: consagra lo esencial de la regla –la persona requerida no puede ser juzgada ni condenada por delitos cometidos con anterioridad al pedido de extradición, que no hubieren sido parte de la solicitud–, pero agrega dos excepciones: que el imputado haya permanecido voluntariamente en el territorio del Estado al que fue entregado, una vez liberado y pudiendo dejarlo, o hubiera vuelto a dicho país (una suerte de aceptación tácita al juzgamiento); o que se cuente con la autorización del Estado requerido, formulada en respuesta a una solicitud de ampliación o extensión de la extradición original. Una norma similar puede encontrarse en el artículo 377 de la Convención de La Habana o Código de Derecho Internacional Privado¹⁴ y en la Convención Europea sobre Extradición¹⁵.

Varios tratados bilaterales concluidos por el Estado de Chile con otros países también incluyen reglas de especialidad, formuladas de manera similar. Así, por ejemplo, entre los tratados vigentes más antiguos pueden citarse aquel con la República de Colombia, que consagra el principio de especialidad

¹⁴ Convención de Derecho Internacional Privado, suscrita en La Habana, Cuba, el 20 de febrero de 1928. Promulgada por Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 374, del 10 de abril de 1934, publicado en el Diario Oficial con fecha 25 de abril de 1934.

¹⁵ De la cual no Chile no es Estado Parte. Consejo de Europa, European Convention on Extradition (ETS N° 024), París, 13 de diciembre de 1957, art. 14.

en su artículo 7º¹⁶; el tratado vigente con Brasil lo regula en su artículo 9º¹⁷; el tratado con Ecuador en el artículo 8º¹⁸; el instrumento terminado con Paraguay en el artículo VIII¹⁹; misma norma en que se incluye en el tratado celebrado con la República del Perú²⁰; entre otros. Los acuerdos celebrados en años más recientes también integran la regla de especialidad, como ocurre en el tratado de extradición y asistencia mutua con España, que lo incluye en su artículo 13²¹; el tratado terminado con Italia en su artículo VII²²; y el nuevo tratado vigente con Estados Unidos en su artículo 16²³. Algunos países contemplan una norma de especialidad en sus legislaciones internas²⁴, y cierta doctrina sostiene que se trata de una regla aplicable aún en ausencia de

¹⁶ Tratado de extradición entre las Repúblicas de Chile y Colombia, suscrito en Bogotá el 16 de noviembre de 1914. Promulgado mediante Decreto N° 1.472 del Ministerio de Relaciones Exteriores con fecha 18 de diciembre de 1928, publicado en el Diario Oficial el 7 de enero de 1929.

¹⁷ Tratado de Extradición entre Chile y Brasil. Suscrito en Río de Janeiro el 8 de noviembre de 1936. Promulgado mediante Decreto N° 1.472 del Ministerio de Relaciones Exteriores con fecha 24 de agosto de 1937, publicado en el Diario Oficial el 30 de agosto de 1937.

¹⁸ Convención de Extradición entre las Repúblicas de Chile i el Ecuador. Suscrito con fecha 10 de noviembre de 1897. Promulgado con fecha 27 de septiembre de 1899, publicado el 9 de octubre de 1899.

¹⁹ Tratado de Extradición entre Chile y Paraguay, suscrito en Montevideo, Uruguay, el 22 de mayo de 1897. Promulgado mediante Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 1.152, publicado en el Diario Oficial con fecha 13 de noviembre de 1928

²⁰ Tratado de Extradición entre Chile y el Perú, suscrito en Lima, Perú, el 5 de noviembre de 1932. Promulgado mediante Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 1.152 del 11 de agosto de 1936, publicado en el Diario Oficial con fecha 27 de agosto de 1936.

²¹ Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República de Chile y el Reino de España, suscrito el 14 de abril de 1992. Promulgado mediante Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 31 del 10 de enero de 1995, publicado en el Diario Oficial con fecha 11 de abril de 1995.

²² Tratado de Extradición entre la República de Chile y la República Italiana, y su Protocolo Adicional, suscrito el Tratado con fecha 27 de febrero de 2002 en Roma, Italia, y el Protocolo Adicional el 4 de octubre de 2012 en Santiago de Chile. Promulgados mediante Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 85 del 3 de mayo de 2017, publicado en el Diario Oficial con fecha 4 de agosto de 2017.

²³ Tratado de Extradición entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de Estados Unidos de América, suscrito en Washington, Estados Unidos, el 5 de junio de 2013. Promulgado mediante Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 1.180, de 22 de diciembre de 2016, publicado en el Diario Oficial con fecha 18 de abril de 2017.

²⁴ SADOFF, David A. *Bringing international fugitives to justice. Extradition and its alternatives*. New York: Cambridge University Press (2016), p. 284.

tratado o convención, es decir, en aquellos procesos de extradición fundados en Principios Generales de Derecho Internacional como la reciprocidad o la cortesía o compromiso internacional (*comity*)²⁵. En este sentido, se señala que la regla, junto a otros principios como el de doble incriminación, han alcanzado el estatus de norma *consuetudinaria*²⁶.

El origen del principio de especialidad puede remontarse a los tratados de extradición celebrados por Francia a mediados del siglo XIX²⁷, en los que la regla se estableció como una condición *posterior* a la extradición, en el sentido que sólo autoriza a juzgar, o a ejecutar un cumplimiento de condena, por los hechos y delitos que sean autorizados por el Estado requerido²⁸. Cumple una doble finalidad: por una parte, permite resguardar la integridad del proceso judicial del Estado requerido –que accedió a la extradición en primera instancia–²⁹, en el sentido que reconoce que la extradición sólo puede tener lugar cuando el Estado a quien se le ha solicitado accede a ella, porque entiende que nada prohíbe u obstaculiza la entrega de la persona al Estado requirente en ese caso particular, teniendo en cuenta las normas aplicables (convencionales, legales y principios generales)³⁰. En segundo término, protege los derechos de la persona contra quien se dirige el proceso frente a potenciales abusos del Estado requirente, que podría pedir la extradición por un delito cuando en realidad quiera juzgarlo por *otro*, no necesariamente *extradicitable*, es decir, por un delito que no cumpla con las características mínimas para que el Estado requerido acceda a la petición³¹. El fundamento subyacente al principio es relevante y tiene consecuencias prácticas pues, así entendido, permite sostener que tanto el Estado requerido como el propio imputado, en tanto titulares del “derecho” a que no se juzgue por delitos no incluidos en la petición original pueden, por

²⁵ SEGOVIA, Antonio, ob. cit.

²⁶ BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*, 2^a edición revisada. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers (2013), p. 501.

²⁷ BOISTER, Neil. *An introduction to Transnational Criminal Law*, 2^a edición. Oxford: Oxford University Press (2018), p. 367.

²⁸ Ibíd.

²⁹ SADOFF, David A. Ob. cit., p. 284.

³⁰ BOISTER, Neil. Ob. cit., p. 367. En otros términos, porque se cumplen todas las exigencias legales y convencionales para acceder al pedido de extradición. *Vid.* Nota N° 6.

³¹ SADOFF, David A. Ob. cit., p. 284. Para una discusión sobre el tema, véase PAUST, Jordan J.; BASSIOUNI, M. Cherif; SCHARF, Michael; SADAT, Leila; GURULÉ, Jimmy; ZAGARIS, Bruce. *International Criminal Law. Cases and Materials*, 4^a edición. North Carolina: Carolina Academic Press (2013), p. 375.

una parte, reclamar frente a su violación; y por otra autorizar o consentir en el juzgamiento o cumplimiento de condena de tales ilícitos.

En relación con lo primero, si el Estado requerido entra en conocimiento de una infracción al principio de especialidad, por cualquier vía, podría reclamar formalmente a través de una nota de protesta dirigida a las autoridades del Estado requirente. Además de un posible desencuentro diplomático, el reclamo puede tener otras consecuencias jurídicas en tanto el Estado de recibo habría incumplido las normas que lo obligan con el Estado reclamante en materia extradicional, pudiendo así incurrir en determinados grados de responsabilidad. Desde el punto de vista del imputado, éste puede hacer valer en el proceso doméstico respectivo la infracción a una norma que debe ser respetada por los tribunales locales. Así por ejemplo, en el caso en comento, si las autoridades competentes –Ministerio Público y tribunales–, hubieran pretendido investigar y juzgar, respectivamente, a la persona sin pedir la ampliación de la extradición, ella podría haber impugnado tal procedimiento en tanto contraviene expresamente lo dispuesto en el artículo XVII letra a) de la Convención de Montevideo, que es una norma integrante de nuestro ordenamiento jurídico por mandato del artículo 54 N° 1 de la Constitución Política³². En relación a la *forma* de hacer valer el reclamo, éste podría alegarse a través de la cautela de garantías, establecida en el artículo 10 del Código Procesal Penal, y que expresamente alude a los tratados internacionales celebrados por Chile³³, sin perjuicio de otros remedios procesales que pudieran resultar aplicables³⁴.

³² El artículo 54 N° 1 de la Constitución Política dispone que es atribución del Congreso “(...) aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación...”. En su inciso quinto señala: “las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de derecho internacional”. Sobre la incorporación y validez del derecho internacional en el derecho doméstico, a propósito del control de convencionalidad, puede verse SEGOVIA, Antonio. “Control de convencionalidad y Ministerio Público”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, edición especial: Congreso 2021: el Ministerio Público a 20 años de la Reforma Procesal Penal. (2021).

³³ El inciso primero del artículo 10 dispone: “Artículo 10.- Cautela de garantías. En cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio”.

³⁴ Sobre la posibilidad –derecho– concreto del requerido de alegar infracción al principio de especialidad, *vid.* PAUST, Jordan J. *et al.*, ob. cit., p. 376.

Respecto al segundo punto, esto es, a la posibilidad que el Estado requerido o el imputado *consientan* en el juzgamiento por delitos anteriores al pedido de extradición, ésta se contempla en la mayoría de los tratados internacionales en materia de extradición suscritos por Chile. La regulación internacional, en estos casos, y tal como hemos venido analizando, permite por una parte que el Estado requerido *autorice* el juzgamiento por los delitos no incluidos en el pedido, ya sea accediendo a un nuevo requerimiento de extradición o a una ampliación o extensión de la petición original, que deberá ser remitida por el Estado requirente, y que es justamente la situación de la que se hace cargo el fallo de la Corte. Por otra parte, en relación al imputado, existen instrumentos que exigen su consentimiento *expreso* –por ejemplo la Convención de Montevideo aplicable al caso en análisis–, y otros que establecen hipótesis que permiten asentar un consentimiento *tácito*, como ocurre en el Acuerdo del MERCOSUR sobre extradición ya reseñado.

Ahora bien, hay casos en donde los alcances concretos del principio de especialidad pueden ser difíciles de determinar. Así, por ejemplo, en *Truong v. The Queen*, una Corte de Australia determinó, por mayoría, que no se violaba el principio de especialidad en el caso de una persona extraditada bajo cargos de conspiración para secuestrar y conspiración para asesinar, cuando era finalmente juzgada por su participación en delitos de secuestro y homicidio (no de *conspiración*). El voto de mayoría entendió que si la *conducta* por la cual el acusado fue extraditado era posible calificarla de manera diferente –delito consumado en lugar de conspiración–, no se ofendía la especialidad. El voto de minoría, por el contrario, sostuvo que lo relevante era justamente el *delito* por el cual la persona era entregada a las autoridades requirentes: de lo contrario, podría remitirse evidencia que probara un delito o grado de participación o desarrollo del delito determinado para luego terminar, con la misma evidencia o medios probatorios, juzgando por otro completamente diferente, que en efecto podría no tener el carácter de delito *extraditable*³⁵. La cuestión central, entonces, radica en delimitar qué está autorizado a juzgar el Estado requirente frente a los hechos y la respectiva calificación jurídica formalmente asentados en el proceso de extradición respectivo.

Una aproximación más flexible puede encontrarse en el Código Modelo de Extradición de Naciones Unidas. En su artículo 14 se regula el principio de especialidad en términos muy similares a los recogidos en las convenciones citadas precedentemente: prohíbe que una persona sea juzgada, condenada, re-extraditada a un tercer Estado, detenida o sujeta a cualquier medida que

³⁵ Un análisis del fallo puede encontrarse en BOISTER, Neil. Ob. cit., p. 368.

límite su libertad personal en el Estado requirente por delitos cometidos antes de su entrega. Sólo puede ser juzgada por los delitos por los cuales su extradición hubiera sido formalmente solicitada, a menos que el Estado requerido: i) consienta –autorice– a su juzgamiento por otros delitos, o: ii) la persona no hubiera salido del territorio del Estado requerido en un plazo determinado –30 o 45 días– luego de concluido el proceso en su contra; iii) la persona hubiera retornado al Estado requerido voluntariamente luego de haber salido de su territorio. En la nota al pie número 19, incluida en la reforma del año 1998, el documento agrega como posibilidad, a tener en cuenta por los Estados, que la regla de especialidad no se aplique cuando los *hechos* por los cuales la persona fue entregada permitan imputarle un *delito* diferente, pero que sea extraditable y tenga asignada una pena igual o menor que la del ilícito formalmente incluido en la petición³⁶.

En nuestro país, ante la ausencia de una norma interna que se haga cargo del problema, la cuestión planteada en los párrafos precedentes tendrá que ponderarse sobre la base de los antecedentes concretos del caso en cuestión, y los tratados o Principios Generales de Derecho Internacional (en particular en principio de reciprocidad) que gobiernen normativamente el proceso particular de extradición en el que inciden. En el fallo de la Corte que se analiza, no cabe duda que una solicitud de ampliación de extradición era necesaria, pues la Fiscalía intentaba juzgar al imputado por su participación en *hechos* completamente diferentes de aquellos que motivaron el primer pedido de extradición –ocurridos en abril del año 2018, antes de aquellos de mayo del mismo año que fundaron el primer requerimiento de entrega–, que además resultan subsumibles en *delitos* diferentes –robo con fuerza en lugar habitado en el segundo caso; dos robos con fuerza en lugar habitado y un robo con violencia en el primer proceso–. Desde esta perspectiva, se podría concluir que la decisión de la Corte de solicitar autorización, en la forma de un nuevo pedido de extradición a Argentina, es correcta.

En cualquier caso, lo relevante será evitar la situación, para lo cual es imprescindible que, frente a la perspectiva de solicitar la extradición a otro Estado, las autoridades nacionales analicen *todos* los procesos pendientes que pueda tener el requerido, para así pedir la extradición por todos los hechos y delitos que cumplan las exigencias legales y convencionales. Como apunta

³⁶ Naciones Unidas, Model Treaty on Extradition. Adoptado por la resolución de la Asamblea General 45/116 y modificado por la Resolución de la Asamblea General 52/88. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition.pdf. En el mismo sentido, Sadoff, David A. Ob. cit. p. 284.

Naciones Unidas: “La norma de la especialidad se vuelve crítica cuando se redacta una solicitud de extradición. Hay que tomarse tiempo para examinar cuidadosamente cuáles son los delitos que se alegarán contra el sospechoso”³⁷.

El fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, desde esta perspectiva, soluciona de manera ajustada a derecho la controversia planteada. De ser acogida la solicitud de ampliación de extradición por parte de las autoridades argentinas, se habrá autorizado a investigar y juzgar al imputado por aquellos delitos no incluidos en la petición original de extradición, respetando de esta manera los derechos e intereses tanto del Estado requerido como del propio investigado, a la luz del principio de especialidad.

1. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Extradición activa. Robo en lugar habitado. Extradición entre las Repúblicas de Chile y Argentina según lo pactado en la Convención sobre Extradición de Montevideo. Cumplimiento de los requisitos de procedencia de la extradición tanto del ordenamiento jurídico interno como internacional.

HECHOS

Ministerio Público ha formulado requerimiento de extradición activa del imputado por el delito de robo en lugar habitado. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones acoge la solicitud de extradición.

³⁷ Oficina de las Naciones contra la Droga y el Delito (UNODC). *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*, Nueva York, 2012, p. 49. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual_Legal_Assistance_Ebook_S.pdf. En términos muy similares, el reporte del Grupo Informal de Expertos sobre extradición apuntó: “Rule of Specialty: States should ensure when making requests that they identify all offences for which extradition is sought. This avoids later difficulties and delays from having to ask the Requested State for consent to prosecute further extraditable offences for which extradition was not initially sought. It also enables early strategic focus on all relevant offences, including potential ancillary offences. 33 In case of doubt, both the Requesting and the Requested States should ask and obtain additional information from each other”. Oficina de las Naciones contra la Droga y el Delito (UNODC). Report, Informal Expert Working Group on Effective Extradition Casework Practice, Viena, 2004, p. 18. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/ewg_report_extraditions_2004.pdf

ANTECEDENTES DEL FALLO:**TIPO:** *Extradición (Acogido)***TRIBUNAL:** *Corte de Apelaciones de Santiago***ROL:** *5503-2022, 11 de enero de 2023***MINISTROS:** *Sr. Joel González C.***DOCTRINA**

Chile y Argentina ratificaron la Convención sobre Extradición suscrita en Montevideo el 26 de diciembre de 1933 (Diario Oficial de 19 de agosto de 1935), sobre extradición, cuyo artículo I establece que los Estados signatarios se obligan recíprocamente a entregar a los Estados que los requieran a los individuos que se hallen en su territorio y estén acusados o hayan sido condenados, siempre que el Estado requirente tenga jurisdicción para juzgar el hecho delictuoso que se imputa al individuo reclamado; y que tal hecho sea punible por las leyes del Estado requirente y por las del Estado requerido con la pena mínima de un año de privación de libertad. Asimismo, y conforme a los Principios del Derecho Internacional que rigen la materia, para que prospere una solicitud de extradición, es menester la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que se trate de un hecho que revista los caracteres de delito, tanto en la legislación del país requirente como en la del país requerido; b) que el delito tenga asignada una pena privativa de libertad de un año, a lo menos; c) que se trate de un delito actualmente perseguible; d) que la acción penal o la pena, en su caso, no se encuentren prescritas; e) que el Estado requirente tenga jurisdicción para juzgar el hecho; y f) que el pedido o requerimiento no se refiera a un delito político o conexo con alguno de ellos. Consecuentemente, el examen de los antecedentes permite sostener que en la especie se cumplen los requisitos que tanto el ordenamiento jurídico interno como internacional exigen para la procedencia del pedido de extradición (considerandos 6º y 8º de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CL/JUR/551/2023

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 433, 435 y 436 del Código Procesal Penal.*

**ABUSO SEXUAL COMETIDO EN UN CENTRO MÉDICO:
SOBRE LOS CONTORNOS DE LA CIRCUNSTANCIA COMISIVA DE
“INCAPACIDAD PARA OPONERSE” Y SU RELACIÓN CON EL DELITO
DE ABUSO SEXUAL POR SORPRESA**

JAVIER ESCOBAR VEAS*
Universidad Austral de Chile

I. ANTECEDENTES GENERALES DEL CASO

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua que acá se comentará¹ rechaza un recurso de nulidad interpuesto por la defensa de un imputado en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Juicio Oral de Rancagua, la cual lo condenó a una pena única de seis años de presidio por la comisión de cuatro delitos de abuso sexual cometidos en contra de distintas víctimas, todas ellas mayores de catorce años, conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del Código Penal².

El recurso de nulidad interpuesto por la defensa cuestiona aspectos tanto procesales como sustantivos de la sentencia condenatoria. Este comentario, sin embargo, no abordará todos los reclamos planteados por la defensa, sino que se limitará a analizar críticamente dos problemas de derecho penal sustantivo presentes en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua. En particular, los temas que se estudiarán serán dos: (1) Los contornos de la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse, prevista en el artículo 361 n. 2; y (2) El campo de aplicación del delito de abuso sexual por sorpresa, previsto y sancionado en el artículo 366, inciso tercero.

Los hechos que tuvo por acreditados el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, y que motivaron la sentencia condenatoria, fueron similares en el caso de las cuatro víctimas, pudiéndose resumir en los siguientes términos: el imputado,

* Abogado, Doctor en Derecho, Università Luigi Bocconi; Magister en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Diego Portales; Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Austral de Chile. Dirección postal: Los Pinos s/n, Balneario Pelluco, Puerto Montt, Chile. Correo electrónico: javier.escobar@mail.udp.cl. Código Orcid: 0000-0001-9266-0396.

¹ Corte de Apelaciones de Rancagua, 12/01/2023, rol N° 1739-2022.

² En lo sucesivo, cuando se haga referencia a alguna norma sin indicar cuerpo legal, se deberá entender realizada al Código Penal de Chile.

quien trabajaba como médico en centros de atención sanitaria, aprovechó la circunstancia de que las cuatro víctimas concurrieron a su consulta médica aquejadas de distintos malestares físicos. En dicho contexto, el imputado, con la excusa que tener que practicar un masaje para aliviar los dolores, les pidió a las víctimas que se pusieran de pie y él se colocó detrás de ellas, para luego realizar diversos movimientos con el cuerpo de las víctimas, oportunidad en que rozaba sus genitales con el trasero de éstas.

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal estimó que el imputado había realizado una acción de significación sexual y relevancia en contra de las víctimas, aprovechando su incapacidad para oponerse, razón por la cual calificó los hechos como cuatro delitos de abuso sexual del artículo 366, inciso primero.

En su recurso de nulidad, la defensa del imputado cuestiona la calificación jurídica efectuada por el tribunal. En primer lugar, la defensa solicita la absolución del imputado, argumentando que el tribunal habría incurrido en una errónea aplicación del derecho al estimar por configurada la hipótesis comisiva de incapacidad para oponerse, en circunstancias de que los elementos propios de esta circunstancia no concurrían en el caso concreto. En segundo lugar, y de manera subsidiaria, la defensa sostiene que el tribunal habría impuesto una pena superior a la legalmente correspondiente, al haber calificado los hechos acreditados como delitos de abuso sexual del inciso primero del artículo 366, debiendo haber calificado los hechos como delitos de abuso sexual del inciso tercero del mismo artículo.

II. RAZONAMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA

Como se señaló anteriormente, la Corte de Apelaciones de Rancagua rechaza en todas sus partes el recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia condenatoria.

Respecto del primer punto en discusión, consistente en los contornos de la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse, la Corte de Apelaciones de Rancagua se limita a afirmar que “no cabe sino concluir que las conductas desplegadas por el sentenciado (...) satisfacen los requisitos del tipo, pues acercar el pene al trasero de otra persona y presionarlo sobre las nalgas no puede menos que ser considerado una conducta de significación sexual relevante (...), conducta que por haberse cometido bajo el pretexto de un examen médico de diagnóstico, colocó a las víctimas en una situación de incapacidad para oponerse”³.

³ Corte de Apelaciones de Rancagua, 12/01/2023, rol N° 1739-2022, considerando 21º.

Al concluir que el imputado había aprovechado la incapacidad para oponerse de las víctimas, la Corte tiene en especial consideración la circunstancia de que una de ellas incluso le preguntó al imputado, durante la realización del supuesto masaje, si éste era realmente necesario, oportunidad en que el imputado le habría respondido “yo soy el doctor y estoy revisando”⁴, circunstancia que demostraría la incapacidad que padecen las víctimas en contextos sanitarios, donde el médico a cargo del examen controla todo el contexto fáctico.

Con relación a la segunda cuestión en discusión, es decir, la forma en que deben distinguirse los delitos de abuso sexual del inciso primero del artículo 366 y de abuso sexual por sorpresa del inciso tercero de la misma norma, la Corte de Apelaciones de Rancagua descarta cualquier errónea aplicación del derecho. En opinión de la Corte, dado que el delito de abuso sexual por sorpresa fue incorporado “por la Ley N° 21.153, que tuvo por objeto sancionar los abusos sexuales cometidos en espacios públicos como calles, transportes u otros y/o en recintos privados abiertos al público”, se debe necesariamente concluir que este tipo penal exige que la conducta típica se realice en un lugar público o de libre acceso público⁵.

Respecto del caso concreto, la Corte de Apelaciones afirma que, si bien un centro médico es generalmente un lugar abierto al público, no ocurre lo mismo con el específico lugar en que el profesional sanitario atiende al paciente, pues éste consiste en un lugar privado. Lo anterior, explica la Corte, se expresa en que el artículo 5º de la Ley N° 20.584 asegura a los pacientes, entre otros derechos, el respeto y protección de su vida privada y honra durante su atención de salud. Por esta razón, la Corte concluye que “la norma del inciso 3º, del artículo 366 fue correctamente excluida de ser aplicada al caso concreto”⁶.

III. COMENTARIO

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua aborda dos problemas de indudable actualidad y relevancia práctica. Es más, es incluso posible que estos dos problemas sean los de mayor complejidad de entre todos aquellos actualmente existentes en materia de delitos sexuales en Chile.

A continuación, ambos problemas serán abordados separadamente. Con todo, antes de eso se describirá, en términos generales, el modelo de delitos sexuales adoptado por el legislador chileno.

⁴ *Ibid.*, considerando 21º.

⁵ *Ibid.*, considerando 23º.

⁶ *Ibid.*, considerando 23º.

*1. Sobre el modelo de delitos sexuales adoptado
por el Código Penal chileno*

La regulación chilena en materia de delitos sexuales responde al modelo de coacción, el cual se caracteriza porque la falta de consentimiento de la víctima no es suficiente para tener por configurado alguno de los distintos delitos sexuales. En este modelo, además de la falta de consentimiento de la víctima, el legislador exige que se haya configurado alguna específica circunstancia comisiva prevista por el tipo penal. En otros términos, en este modelo, generalmente denominado “modelo de coacción”, la falta de consentimiento de la víctima es condición necesaria, mas no suficiente para que se configure algún delito sexual.

Si bien el modelo de coacción continúa siendo mayoritario a nivel comparado, en las últimas décadas ha estado sometido a numerosas críticas. En particular, se le critica que, al no considerar la falta de consentimiento como una condición suficiente, exigiendo, además, la concurrencia de alguna particular circunstancia comisiva, este modelo no sanciona todos los atentados sexuales sin el consentimiento de la víctima, pues existen numerosas hipótesis en que, a pesar de que la víctima no ha consentido, puede no configurarse alguna circunstancia comisiva prevista por el legislador, caso en el cual corresponde absolver a la persona imputada⁷.

Un caso resuelto por el Tribunal Federal alemán en 2015 permite ejemplificar adecuadamente los problemas del modelo de coacción. En dicho caso, el imputado, quien trabajaba en una agencia estatal de empleo, sostuvo una reunión con una usuaria, la víctima, una joven clienta sin relación personal con el imputado. Durante la reunión, sostenida en la oficina del imputado, éste efectuó ciertos comentarios sobre la apariencia física de la víctima, y la besó de manera sorpresiva. Posteriormente, le pidió que le practicara sexo oral, solicitud que la víctima rechazó expresamente. No obstante, el imputado se abrió los pantalones e introdujo el pene en la boca de la víctima, mientras ella permanecía sentada en la silla. El Tribunal Federal Alemán resolvió que, a pesar de la negativa expresa de la víctima, la penetración bucal no podía calificarse como un delito de violación, toda vez que no se había configurado ninguna de las circunstancias comisivas que contemplada el antiguo párrafo

⁷ SOVINO, Maurizio y HUERTA, Ivonne. “Los alcances de la circunstancia comisiva de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima en los delitos contra la libertad/ indemnidad sexual”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 77 (2019), p. 94.

177 del Código Penal alemán⁸. Por cierto, la sentencia del Tribunal Federal alemán motivó críticas y generó un intenso debate público.

Como consecuencia de estas críticas, son cada más los países que han adoptado modelos basados en la falta de consentimiento de la víctima, los cuales se caracterizan porque la falta de consentimiento pasa a ser un elemento suficiente para tener por configurado algún delito sexual, al menos la hipótesis básica prevista en el respectivo sistema. Luego, sobre esta figura base, se prevén circunstancias calificantes, cuyo fin es aumentar la pena según la específica forma que adoptó el ataque⁹. Los modelos basados en la falta de consentimiento pueden adoptar un enfoque de “no significa no”, como lo hizo el legislador alemán¹⁰, o de consentimiento afirmativo de “sólo sí significa sí”¹¹, como es el caso de España¹², Suecia¹³, Islandia¹⁴ y Bélgica¹⁵. El enfoque “no significa

⁸ Sobre este punto, ver HÖRNLE, Tatjana. “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment”, en *German Law Journal*, vol. 18, N° 6 (2017), p. 1313.

⁹ Sobre las características de ambos modelos, ver HÖRNLE, Tatjana. “Rape as Non-Consensual Sex”, en MÜLLER, Andreas y SCHABER, Peter (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*. New York: Routledge (2018), pp. 237 y ss.

¹⁰ Parágrafo 177 n. 1 del Código Penal: “Whoever, against a person’s discernible will, performs sexual acts on that person or has that person perform sexual acts on them, or causes that person to perform or acquiesce to sexual acts being performed on or by a third person incurs a penalty of imprisonment for a term of between six months and five years”.

¹¹ BURGHARDT, Boris y STEINL, Leonie. “Sexual Violence and Criminal Justice in the 21st Century”, en *German Law Journal*, vol. 22, N° 5 (2021), p. 693. Mientras que Alemania adoptó un modelo de “no significa no”, países como Suecia, España e Islandia escogieron modelos de “sólo sí significa sí”.

¹² Artículo 178 n. 1 del Código Penal: “Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”.

¹³ Capítulo 6, Sección 1^a, del Código Penal: “A person who performs vaginal, anal or oral intercourse, or some other sexual act that in view of the seriousness of the violation is comparable to sexual intercourse, with a person who is not participating voluntarily is guilty of rape and is sentenced to imprisonment for at least three and at most six years. The same applies to a person who induces another person who is not participating voluntarily to undertake or submit to such an act. When assessing whether participation is voluntary or not, particular consideration is given to whether voluntariness was expressed by word or deed or in some other way [...]”.

¹⁴ Artículo 194 del Código Penal: “Any person who has sexual intercourse or other sexual relations with a person without his or her consent shall be guilty of rape and shall be imprisoned for a minimum of 1 year and a maximum of 16 years. Consent is considered to have been given

no” significa que las relaciones sexuales se consideran consentidas hasta que una persona dice no. Por el contrario, un enfoque de consentimiento afirmativo de “sólo sí significa sí” implica que las relaciones sexuales se consideran consentidas solamente cuando todas las personas que participan han dado su consentimiento explícito¹⁶.

La adopción de un modelo basado en la falta de consentimiento de la víctima ha sido también apoyada por el derecho internacional¹⁷. Así, por ejemplo, el Convenio de Estambul del Consejo de Europa prescribe, en su artículo 36, que los Estados adoptarán “las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente: a. La penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b. Los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona; c. El hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero”¹⁸. Como se puede apreciar, el Convenio de Estambul coloca la falta de consentimiento en el centro de la discusión, explicitando que todo acto de significación sexual en contra de otra persona sin su consentimiento debe ser penalmente sancionado, de modo tal que no procede exigir otros requisitos.

En la misma dirección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que la violencia sexual “se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometan contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”¹⁹. Por esta razón, la Corte estima que las normas nacionales sobre violencia sexual deben contener la figura del consentimiento como su eje central, “es decir, para que se perpetre una violación, no se debe exigir la prueba de amenaza, uso

if it is freely stated [...]. Para una descripción de la legislación islandesa, ver BRAGADÓTTIR, Ragnheiður. “Legislation on the offence of rape in Icelandic criminal law”, en *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 8, N° 2 (2020), pp. 54-77.

¹⁵ Artículo 375 del Código Penal: “Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur une personne qui n'y consent pas, constitue le crime de viol”.

¹⁶ TORENZ, Rona. “The Politics of Affirmative Consent: Considerations from a Gender and Sexuality Studies Perspective”, en *German Law Journal*, vol. 22, N° 5 (2021), pp. 718 y 719.

¹⁷ CAMPLÁ, Xaviera y SOVINO, Maurizio. “Violencia sexual inducida por sustancias psicoactivas: Caracterización y hallazgos”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 85 (2022), p. 80.

¹⁸ Convenio de Estambul del Consejo de Europa, artículo 36.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Angulo Losada v. Bolivia, sentencia de 18 de noviembre de 2022, párrafo 136.

de la fuerza o violencia física, bastando para ello que se demuestre, mediante cualquier medio probatorio idóneo, que la víctima no consintió con el acto sexual. Los tipos penales relativos a la violencia sexual deben centrarse en el consentimiento, elemento esencial en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual”²⁰.

La misma idea matriz se puede encontrar en la Ley Modelo sobre Violación presentada en la Sesión N° 47 del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas. En su punto IV.D, el instrumento señala que violación debiese definirse como cualquier acto de penetración de significación sexual cometido en contra de otra persona sin su consentimiento²¹.

Lamentablemente, las críticas en contra del modelo de coacción y las propuestas del derecho internacional no han sido atendidas por el legislador chileno, al menos no todavía²².

El modelo de coacción chileno se expresa principalmente en las normas relativas a los delitos de violación en contra de una persona mayor de catorce años (artículo 361), estupro (artículo 363), abuso sexual calificado (artículo 365 bis) y abuso sexual en contra de una persona mayor de catorce años (artículo 366).

Así, por ejemplo, el artículo 361 sanciona, a título de violación, a quien accediere carnalmente a otra persona siempre y cuando se cumpla alguna de las cinco circunstancias descritas en el mismo artículo. Por consiguiente, el solo acceso carnal sin el consentimiento de la víctima, sin que se cumpla alguna de dichas circunstancias, no resulta suficiente para tener por configurado el delito de violación mencionado²³. En términos similares, el artículo 366,

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Angulo Losada v. Bolivia, sentencia de 18 de noviembre de 2022, párrafo 145.

²¹ Human Rights Council, Forty-seventh session 21 June-9 July 2021, A framework for legislation on rape (model rape law), IV.D.

²² Es posible encontrar voces en Chile que abogan por la adopción de un modelo basado en la falta de consentimiento de la víctima. Ver ESCOBAR, Javier. “Sistema de delitos sexuales en el proyecto de nuevo Código Penal de 2022: Hacia un sistema basado en la falta de consentimiento de la víctima”, en *DOE Actualidad Jurídica*, disponible en: <https://actualidadjuridica.doe.cl/sistema-de-delitos-sexuales-en-el-proyecto-de-nuevo-codigo-penal-de-2022-hacia-un-sistema-basado-en-la-falta-de-consentimiento-de-la-victima/>; SANTIBÁÑEZ, María Elena. “El consentimiento en los delitos sexuales y su reconocimiento en la legislación chilena: Una mirada comparada, un planteamiento crítico y una propuesta de lege ferenda”, en MAYER, Laura y VARGAS, Tatiana, *Las mujeres en las ciencias penales*. Santiago: Thomson Reuters (2020), pp. 403 y siguientes.

²³ En este sentido, Matus y Ramírez, así como Garrido, afirman que el acceso carnal no es ilícito en sí mismo en Chile, sino que su ilicitud viene dada por la configuración de alguna de las circunstancias comisivas establecidas por el legislador. Ver MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 4^a edición (2021). Valencia:

inciso primero, sanciona a quien realizare alguna acción de significación sexual y de relevancia en contra de una persona mayor de catorce años sin su consentimiento, a condición de que se configure alguna de las circunstancias del ya citado artículo 361.

Lo señalado anteriormente permite entender el esfuerzo que la defensa dedicó, en su recurso de nulidad, a impugnar la circunstancia de que el Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Rancagua hubiere estimado concurrente la hipótesis comisiva de incapacidad para oponerse del artículo 361 n. 2. Si la defensa hubiere tenido éxito al cuestionar la calificación jurídica efectuada por el tribunal de instancia, posiblemente ello hubiere significado que el imputado habría sido absuelto, o, al menos, condenado por otro delito a una pena sensiblemente menor.

2. Los contornos de la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse

Habiendo ya descrito en términos generales el modelo de delitos sexuales adoptado por el Código Penal chileno, corresponde ahora abordar el primer problema presente en la Corte de Apelaciones de Rancagua, a saber, los contornos, cada vez más difusos, de la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse, prevista en el artículo 361 n. 2.

La actual redacción de la circunstancia comisiva del artículo 361 n. 2 de incapacidad para oponerse se debe a la Ley N° 20.480, que sustituyó la antigua hipótesis de “incapacidad para oponer resistencia”. Como correctamente se ha señalado²⁴, la intención del legislador fue superar la interpretación, hasta ese entonces mayoritaria, que limitaba la incapacidad para oponer resistencia al padecimiento, por parte de la víctima, de impedimentos físicos que restringían su capacidad para defenderse frente a una agresión sexual²⁵.

Tirant lo Blanch, p. 189; GARRIDO, Mario. *Derecho Penal*, 4^a edición, tomo III (2010). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 278. Etcheberry, por el contrario, define el delito de violación “como el acceso carnal de un varón a una mujer sin la voluntad de ésta”, no advirtiendo que no todo acceso carnal sin el consentimiento de la víctima constituye un delito de violación, pues puede ocurrir que no se configure ninguna de las circunstancias comisivas señaladas en el artículo 361. ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*, 3^a edición, tomo IV (1998). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 56.

²⁴ OXMAN, Nicolás. “La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales”, en *Política Criminal*, vol. 10, N° 19 (2015), p. 94.

²⁵ En este sentido, y sólo a modo de ejemplo, ver MALDONADO, Francisco. “Delitos contra la libertad sexual. Tratamiento de la nueva regulación de los delitos sexuales”, en AA.VV., *Problemas Actuales del Derecho Penal*. Temuco: Universidad Católica de Temuco (2003), p. 250;

Si bien una parte de la doctrina continúa sosteniendo que la circunstancia comisiva se encuentra limitada a impedimentos de orden físico, de manera tal que la modificación introducida por la Ley N° 20.480 habría sido irrelevante²⁶, actualmente la doctrina mayoritaria concibe la incapacidad para oponerse como una hipótesis amplia, capaz de comprender cualquier tipo de padecimientos, ya sean físicos o psicológicos, que impidan que la víctima se oponga a la realización de la conducta sexual²⁷. En palabras de Santibáñez, la “inmensa mayoría de los casos de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima se fundarán probablemente en la incapacidad física de la misma. Sin embargo, los términos amplios en que está redactada la norma permiten incluir situaciones de incapacidad de oposición de la víctima provenientes de las más diversas causas incluso en casos muy extremos de factores psicológicos que anulen completamente la voluntad de la víctima”²⁸. En términos similares, Cox ha sostenido que la circunstancia de incapacidad para oponerse “se trata de una hipótesis extremadamente amplia, pues no se encuentran establecidas limitantes a las causas de dicha incapacidad”²⁹.

Por consiguiente, la doctrina acepta que la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse puede comprender casos como el de una víctima que, recibiendo una atención médica, es abusada de manera intempestiva o furtiva

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2^a edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2005), pp. 258 y 259; RODRÍGUEZ, Luis. *Delitos sexuales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2000), p. 155.

²⁶ RODRÍGUEZ, Luis. *Delitos sexuales*, 4^a edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2023), p. 203; BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal*, 4^a edición, tomo III. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago (2018), p. 193.

²⁷ SANTIBÁÑEZ, María Elena y VARGAS, Tatiana. “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 1 (2011), p. 203; GARRIDO, ob. cit., p. 286; ZAMORA, Francisca. “Alcance del artículo 361 N° 2 del Código Penal: incapacidad psicológica para oponerse”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLVII, N° 2 (2021), pp. 263-264; AGUILAR, Cristian. *Delitos sexuales*, 2^a edición. Santiago: Editorial Metropolitana, p. 37; BALMACEDA, Gustavo. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4^a edición, tomo I. Santiago: Librotecnia (2021), p. 317; GÓMEZ, Francisco. “Alcance del art. 362 N° 2 CP. ‘Aprovechamiento del autor de la imposibilidad de la víctima para oponerse’”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLII, N° 4 (2015), p. 272; OXMAN, ob. cit., p. 95; WINTER, Jaime. *Delitos contra la indemnidad sexual*. Santiago: DER Ediciones (2018), p. 24; MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 196.

²⁸ SANTIBÁÑEZ, María Elena. “Delimitación de la modalidad típica de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse en el delito de violación”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 15 (2013), p. 55.

²⁹ COX, Juan Pablo. *Los abusos sexuales. Aproximación dogmática*. Santiago: LexisNexis (2003), p. 158

por el profesional que la atiende, quien abusa de la confianza conferida, pues en tal caso la capacidad de la víctima para rechazar la agresión se encuentra severamente disminuida³⁰. También se pueden incluir, en esta hipótesis típica, los casos de personas bajo el efecto del alcohol o de las drogas, quienes, no obstante no perder el sentido, están en una posición en que no pueden oponerse al ataque que las afecta³¹.

En conclusión, la circunstancia de incapacidad para oponerse comprende todos los casos de “estados permanentes, temporales o situacionales que suponen una disminución significativa de las capacidades físicas o psíquicas de control de la respuesta corporal ante requerimientos sexuales, esto es, de expresar verbal o físicamente la falta de consentimiento o de hacer efectiva su negativa: engaño, abuso de confianza, incapacidad física o psíquica, síndrome de adaptación aprendida o, específicamente, de acomodación al abuso sexual, shock o inmovilidad tónica, estados de somnolencia sin privación de sentido, etc.”³².

La opinión mayoritaria en doctrina ha sido acogida por la jurisprudencia nacional, la cual actualmente interpreta la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse en términos amplios³³. Así, por ejemplo, en sentencia rol N° 16676-2018, la Corte Suprema afirmó que la reforma del año 2010 tuvo el propósito de eliminar la referencia a la incapacidad de resistencia física, a fin de ampliar esta circunstancia comisiva, para así dar cabida a situaciones que antes no podían subsumirse en el tipo penal. “Concordante con ello la ley no establece directamente los límites objetivos de lo que ha de entenderse por ‘incapacidad para oponerse’, sin embargo, es posible concebir que su límite superior se encuentra en la incapacidad para oponer resistencia física, y en su base los casos en que la víctima ha expresado la voluntad contraria al acto sexual, pero por alguna razón fáctica no puede asentir o negar, ni tampoco oponerse”³⁴. Resulta interesante destacar que este caso trataba de una hipótesis de incapacidad psicológica para oponerse, pues el imputado ejercía la labor de pastor y guía espiritual de las víctimas, contexto que aprovechó para

³⁰ MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 196; SOVINO y HUERTA, ob. cit., p. 94.

³¹ MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 196. En este sentido, ver Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 20.05.2015, rol N° 36-2015, considerando 3º; Corte de Apelaciones de San Miguel, 18.04.2023, rol N° 580-2023, considerando 6º.

³² MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., pp. 196 y 197.

³³ SOVINO y HUERTA, ob. cit., p. 85; CAMPLÁ y SOVINO, ob. cit., p. 101.

³⁴ Corte Suprema, 11.10.2018, rol N° 16676-2018, considerando 5º. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Temuco, 25.05.2021, rol N° 387-2021, considerando 3º.

abusar sexualmente de ellas. La incapacidad para oponerse de las víctimas se basada, entonces, en un vínculo de confianza que ellas habían desarrollado con el imputado, producto de su labor como guía espiritual.

Las distintas cortes de apelaciones del país también han interpretado la circunstancia comisiva del artículo 361 n.º 2 en términos amplios, sobre todo en el contexto de relaciones médico-paciente, como ocurrió en el caso que acá se comenta. Por ejemplo, en sentencia rol N° 665-2017, la Corte de Apelaciones de Concepción confirmó la condena de una persona que, alegando falsamente trabajar como médico, había realizado acciones de significación sexual y de relevancia sin el consentimiento de mujeres que se habían acercado a él como pacientes. La sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, confirmada por la Corte de Apelaciones, estimó que el imputado se había aprovechado de la incapacidad para oponerse de las víctimas, toda vez que éstas, al haber sido engañadas por el imputado, creyeron que éste se desempeñaba como médico, no pudiendo resistir la agresión de que fueron objeto, al encontrarse en una relación de confianza³⁵.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia rol N° 3552-2017, confirmó la condena de un ginecólogo que, en el contexto de consultas médicas, había realizado acciones de significación sexual y de relevancia en contra de dos pacientes que debía atender. En palabras de la Corte, el tribunal de instancia razonó correctamente al condenar al imputado como autor de dos delitos de abuso sexual en contra de personas mayores de catorce años, estimando que él había aprovechado la incapacidad para oponerse de éstas, circunstancia que se fundó en dos factores. El primero, de naturaleza subjetiva, consistente en la creencia, por parte de las víctimas, de que lo que les señalaba el acusado, en cuanto a que la forma como efectuaba los procedimientos médicos era la normal en términos ginecológicos. El segundo factor, de índole objetiva, consistió en que las víctimas, durante el examen, se encontraban en una posición corporal (sentadas en la silla ginecológica) que les impedía oponer resistencia y reaccionar en forma oportuna y eficaz frente a los abusos del imputado³⁶.

Otro caso interesante fue el resuelto por la Corte de Apelaciones de Temuco, en sentencia rol N° 250-2019, en que confirmó la condena de una persona que, trabajando como tecnólogo médico, y mientras la víctima se estaba realizando un examen de electroencefalograma, aprovechó su incapacidad para oponerse

³⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, 26.08.2017, rol N° 665-2017, considerandos 3º y 4º.

³⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 7.11.2017, rol N° 3552-2017, considerando 4º.

y realizó acciones de significación sexual y de relevancia sin su consentimiento. El tribunal de instancia estimó que la víctima se encontraba incapacitada para oponerse ya que la agresión se produjo mientras ella estaba tendida en una camilla, con cables adheridos a su zona craneal, con la habitación oscura y con los ojos cerrados razonamiento confirmado por la Corte de Apelaciones³⁷. En particular, la Corte sostuvo que “luego de la modificación introducida al numeral 2º del artículo 361 del Código Penal por la Ley N° 20.480, publicada en el Diario Oficial el 18 de diciembre de 2010, la modalidad de acceso consistente en la ‘incapacidad para oponerse’ no sólo queda circunscrita a una incapacidad física del ofendido como lo sostiene el recurrente, sino que comprende también la incapacidad psicológica en que se encuentra circunstancialmente la víctima para oponerse a la acción del agresor, lo que debe ser analizado de acuerdo al contexto de comisión del delito”³⁸.

Finalmente, cabe citar una reciente sentencia del 6º Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, que condenó a una pena única de veinte años de presidio mayor en su grado máximo a una persona que, trabajando como ginecólogo, cometió varios delitos de abuso sexual y abuso sexual calificado en contra de diversas pacientes. En todos los hechos que el tribunal tuvo por acreditados, se estimó concurrente la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse, toda vez que las víctimas, en el contexto médico en que se produjo el ataque, estaban impedidas para defenderse de la agresión, pues habían depositado su confianza en el imputado y no contaban con conocimientos médicos que les permitieran impugnar la forma en que el imputado realizaba los exámenes o tocaba sus cuerpos, o la necesidad de realizar dichas conductas³⁹.

Como conclusión, es posible afirmar que la jurisprudencia chilena, así como la opinión mayoritaria en doctrina, propugna una interpretación amplia de la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse, impedimento que puede encontrar su causa tanto en factores físicos como psicológicos. Con todo, una parte de la doctrina subraya la necesidad de exigir la superación de un cierto nivel de gravedad para tener por configurada la circunstancia del artículo 361 n. 2, a fin de desarrollar una interpretación armónica con las causales previstas en el artículo 363. Por consiguiente, la incapacidad para oponerse debiese reunir, en el caso concreto, una gravedad suficiente que permita asimilarla al resto de los supuestos contemplados en el mismo artículo 361. De lo contrario, no correspondería tener por configurada la circunstancia en

³⁷ Corte de Apelaciones de Temuco, 29.04.2019, rol N° 250-2019, considerandos 4º y 5º.

³⁸ Corte de Apelaciones de Temuco, 29.04.2019, rol N° 250-2019, considerando 5º.

³⁹ 6º Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 8.11.2022, Rit 255-2022.

estudio⁴⁰. Sin perjuicio de lo anterior, no resulta claro que los tribunales estén actualmente involucrándose en este ejercicio de ponderación, pues, como se ha visto, la interpretación de la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse es decisivamente amplia.

Respecto del caso que acá se comenta, y teniendo en consideración los hechos que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua tuvo por acreditados, lo cierto es que la decisión de apreciar la concurrencia de la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse no resulta sorprendente. Es más, es incluso posible afirmar que la Corte de Apelaciones de Rancagua, al interpretar en términos amplios la circunstancia comisiva del artículo 361 n. 2, no hace sino seguir los pasos de la Corte Suprema y demás cortes de apelaciones del país.

En términos simples, los tribunales nacionales consideran que las personas, al acudir como pacientes a un médico buscando una atención sanitaria, se colocan en una relación de confianza con esta persona de tal entidad que no les resulta factible defenderse ante eventuales agresiones de naturaleza sexual. Lo anterior se debe, principalmente, a la circunstancia de que los pacientes no cuentan con los conocimientos necesarios para impugnar el cumplimiento de la *lex artis* por parte del profesional, quien ostenta el control absoluto sobre la situación, siendo libre para decidir qué exámenes o ejercicios realizar. Esta es la idea que subyace al razonamiento de la Corte de Apelaciones de Rancagua, la cual tiene especialmente en consideración que, ante la consulta de una de las víctimas sobre la necesidad de realizar los masajes cuestionados, el imputado simplemente desechó la pregunta señalando que él era el médico y, por lo tanto, sabía qué hacer, respuesta que consiguió inhibir ulteriores cuestionamientos por parte de la víctima.

3. ¿Cómo deben distinguirse los delitos de abuso sexual de los incisos primero y segundo del artículo 366 y de abuso sexual por sorpresa del inciso tercero de la misma norma?

El principal objetivo de la Ley N° 21.153, publicada en mayo de 2019, fue tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos. En este sentido, la nueva ley incorporó un nuevo artículo 494 ter, norma que sanciona el acoso sexual en espacios públicos o de libre acceso público. Sin embargo, la Ley N° 21.153

⁴⁰ TRIVIÑO, Libertad. “Comentario a la Sentencia de fecha 15 de febrero del año 2022, RIT 25-2022”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLVIII, N° 3 (2022), p. 196; OXMAN, ob. cit., pp. 110 y 111.

no se limitó a incorporar el artículo anteriormente mencionado, sino que introdujo otras dos nuevas normas: un nuevo artículo 161-C y un nuevo inciso tercero al artículo 366. Este último artículo dispone: “Se aplicará la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, cuando el abuso consistiere en el empleo de sorpresa u otra maniobra que no suponga consentimiento de la víctima, siempre que ésta sea mayor de catorce años”.

Durante la tramitación legislativa de la Ley N° 21.153 se discutió sobre si era conveniente o no incorporar el nuevo inciso tercero del artículo 366. Por un lado, Santibáñez sostuvo que ello no era necesario, por cuanto las hipótesis de ataques sexuales por sorpresa ya estaban comprendidas en la circunstancia de incapacidad para oponerse⁴¹. En efecto, una parte importante de la doctrina nacional sostenía que las agresiones sexuales por sorpresa podían ser punibles a título de abuso sexual por haberse cometido aprovechando incapacidad para oponerse de la víctima⁴². Además de lo anterior, se afirmó que la incorporación de este nuevo delito podría ocasionar problemas prácticos, pues exigiría distinguir entre el delito de abuso sexual del inciso primero del artículo 366 y el nuevo delito de abuso sexual por sorpresa, siendo posible que algunos casos de incapacidad para oponerse fueran sancionados finalmente a título de abuso sexual por sorpresa, ocasionando la imposición de una pena menor a la que correspondería aplicar⁴³. De este modo, ya desde sus primeros esbozos, el abuso sexual por sorpresa fue cuestionado por ir en desmedro del desarrollo que se había venido produciendo del aprovechamiento de la incapacidad de la víctima comprendido en la circunstancia del delito de violación⁴⁴. Por otro lado, Girão señaló que la incorporación de la sorpresa como hipótesis comisiva era positiva, pues, en su opinión, permitía resolver algunas falencias detectadas al momento de sancionar el fenómeno del abuso sexual, despejando cualquier duda sobre la punibilidad de las agresiones sexuales por sorpresa en contra de personas mayores de catorce años⁴⁵. Esta última postura habría primado durante la discusión.

⁴¹ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 21.153, p. 106.

⁴² OXMAN, ob. cit., p. 102; SANTIBÁÑEZ y VARGAS, ob. cit., p. 203; SANTIBÁÑEZ, “Delimitación de la modalidad típica de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse en el delito de violación”, ob. cit., p. 55.

⁴³ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 21.153, p. 106.

⁴⁴ AGUILERA, Sebastián. “El nuevo tipo penal de abuso sexual por sorpresa y el abuso sexual con la circunstancia de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 83 (2021), p. 81.

⁴⁵ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 21.153, p. 118.

Considerando la penalidad del delito de abuso sexual por sorpresa, inferior a aquella del delito de abuso sexual de los incisos primero y segundo del artículo 366, es posible afirmar que el primer delito constituye una figura residual⁴⁶, cuya aplicación será desplazada en todos aquellos casos en que concurran los elementos de las demás hipótesis de abuso sexual del artículo 366. Por consiguiente, la labor del tribunal será siempre verificar, en primer lugar, si se configura o no el delito de abuso sexual de los incisos primero o segundo del artículo ya citado. En caso afirmativo, se deberá condenar por dicho tipo penal, descartando la aplicación del delito de abuso sexual por sorpresa. Por el contrario, en caso negativo, el tribunal deberá evaluar la eventual aplicación de este último delito.

¿Cómo es posible distinguir las distintas hipótesis involucradas? Una forma de hacer operativa la propuesta anterior es entender que las hipótesis delictivas comprendidas en el inciso tercero del artículo 366 son de menor gravedad que aquellas incorporadas en los incisos primero y segundo, las cuales usualmente consistirán en conductas de significación sexual y de relevancia cometidas de manera sorpresiva y de ejecución instantánea, sin que exista una circunstancia adicional de tipo contextual o situacional que coloque a la víctima en una posición en que sus capacidades para oponerse a la agresión se vean significativamente reducidas⁴⁷, caso en que se configuraría una incapacidad para oponerse⁴⁸.

Las situaciones de abuso de confianza, como ocurrió en el caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Rancagua, debiesen generalmente considerarse “como supuestos de creación de condiciones que hacen que la víctima se encuentre imposibilitada de oponerse a la agresión sexual”⁴⁹.

Una interesante reflexión sobre la forma de comisión del delito de abuso sexual por sorpresa puede encontrarse en la sentencia Rit 152-2019, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, confirmada posteriormente por la Corte de Apelaciones de Valdivia en sentencia rol N° 230-2020⁵⁰. En dicha oportunidad, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno descartó la

⁴⁶ ZAMORA, ob. cit., p. 268.

⁴⁷ Se utilizan aquí los términos empleados por Matus y Ramírez. Al respecto, ver nota 32.

⁴⁸ SANTIBÁÑEZ, “El consentimiento en los delitos sexuales y su reconocimiento en la legislación chilena: Una mirada comparada, un planteamiento crítico y una propuesta de lege ferenda”, ob. cit., p. 432.

⁴⁹ MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 214.

⁵⁰ Corte de Apelaciones de Valdivia, 26.05.2020, rol N° 230-2020.

aplicación del delito de abuso sexual por sorpresa, condenando al imputado por un delito de abuso sexual del inciso primero del artículo 366, por haber aprovechado la incapacidad para oponerse de la víctima. Sobre el delito de abuso sexual por sorpresa, el tribunal sostuvo que un cierto grado de sorpresa es inherente a muchas hipótesis de abuso sexual, pues en ellas no concurre la voluntad de la víctima. Sin embargo, la existencia de sorpresa no importa que el hecho deba necesariamente calificarse como un abuso sexual por sorpresa, pues lo importante no es que la víctima haya sido sorprendida, sino que el delito se haya ejecutado mediante dicha específica modalidad de comisión, caracterizada por su “furtividad, intempestividad, y brevedad”⁵¹.

En un sentido similar se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Temuco, la cual ha afirmado que el delito de abuso sexual por sorpresa “implica el acometimiento de acciones a través de actos imprevistos, inesperados o sorpresivos que impiden a la víctima oponerse justamente por lo impensado del ataque”⁵².

Respecto del caso que acá se comenta, no es posible ignorar que la Corte de Apelaciones de Rancagua, al descartar la aplicación del delito de abuso sexual por sorpresa, no razonó de la forma sugerida en los párrafos anteriores, sino que, por el contrario, la razón por la cual la Corte excluyó la aplicación del mencionado delito al caso concreto fue absolutamente distinta. Como se señaló, la Corte sostuvo que, dado que el delito de abuso sexual por sorpresa fue incorporado por la Ley N° 21.153, que tuvo por objeto sancionar los abusos sexuales cometidos en espacios públicos o de libre acceso público, se debe concluir que este tipo penal exige que la conducta típica se realice en alguno de esos lugares, requisito que no se cumplía en el caso concreto. En mi opinión, el razonamiento de la Corte es incorrecto.

Las mociones que dieron origen a la tramitación del proyecto legislativo tenían como único objetivo sancionar el acoso sexual cometido en lugares público o de libre acceso público, tanto verbal como físico⁵³, toda vez que se estimaba que existía una laguna de punibilidad respecto de estos hechos, la cual se intentaba solucionar, muchas veces de mala forma, recurriendo al delito del artículo 373 de ofensas graves al pudor y a las buenas costumbres. Sin embargo, ya durante el primer trámite legislativo, ante la Cámara de Diputadas y Diputados, se optó por incluir dos delitos distintos, uno limitado al acoso

⁵¹ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, 13.02.2020, Rit 152-2019, considerando 12º.

⁵² Corte de Apelaciones de Temuco, 9.06.2021, rol N° 481-2021, considerando 7º.

⁵³ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 21.153, pp. 3 a 8.

sexual callejero que ocurría en lugares públicos o de libre acceso público, y otro de aplicación general, que se proponía incluir en un nuevo artículo 366 sexies, cuya finalidad era sancionar a quien “realizare una acción sexual que implique un contacto corporal contra la voluntad de una persona mayor de 14 años que provoque en la víctima intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo, sin que medien los términos señalados en el artículo 366 ter”⁵⁴. Este último delito no exigía que la conducta se realizara en lugares públicos o de libre acceso público.

Durante el segundo trámite legislativo, el Senado decidió mantener ambas hipótesis delictivas separadas, pero propuso ubicar el segundo tipo penal en un nuevo inciso tercero del artículo 366, en lugar de agregar un artículo 366 sexies. Además de lo anterior, se estimó conveniente incorporar expresamente la modalidad de sorpresa⁵⁵.

Por esta razón, a pesar de que la intención original de las mociones que dieron lugar al proyecto de ley aprobado efectivamente era sancionar únicamente el acoso sexual cometido en lugares público o de libre acceso público, durante la tramitación legislativo se optó claramente por distinguir distintos delitos, uno que sancionaba el acoso sexual en lugares públicos o de libre acceso público (artículo 494 ter) y otra hipótesis de abuso sexual general, que nunca hizo referencia alguna al lugar de comisión de la conducta típica, a diferencia de los artículos 494 ter y 161-C, este último incorporado por la Ley N° 21.153. Por consiguiente, no corresponde exigir, como un elemento del tipo penal, que el delito de abuso sexual por sorpresa del inciso tercero del artículo 366 sea cometido en un lugar público o de libre acceso público⁵⁶.

Lo anterior no significa que el imputado, en el caso concreto, debería haber sido condenado a título de abuso sexual por sorpresa. Por el contrario, la aplicación del mencionado delito podría haber sido correctamente excluida al haber tenido por configurada la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse, como finalmente determinó el tribunal de instancia y la Corte, apreciando un concurso aparente entre los dos delitos involucrados, debiendo éste resolverse en favor de la aplicación del delito de abuso sexual del inciso primero del artículo 366.

⁵⁴ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 21.153, p. 81.

⁵⁵ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 21.153, p. 123.

⁵⁶ AGUILERA, ob. cit., p. 80. En el mismo sentido, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, 6.10.2021, Rit 282-2021, considerando 10º.

IV. CONCLUSIONES

1. La regulación chilena en materia de delitos sexuales responde al modelo de coacción, el cual se caracteriza porque la falta de consentimiento de la víctima no es suficiente para tener por configurado alguno de los distintos delitos sexuales. En este modelo, además de la falta de consentimiento de la víctima, el legislador exige que se haya configurado alguna específica circunstancia comisiva prevista por el tipo penal.

2. A pesar de que el modelo de coacción ha sido criticado por una parte de la doctrina chilena, y que la tendencia en derecho comparado es claramente avanzar hacia modelos basados en la falta de consentimiento de la víctima, el legislador chileno todavía no ha sido receptivo a las críticas.

3. La circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse, del artículo 361 n. 2, que la Corte de Apelaciones de Rancagua estimó concurrente en el caso concreto, ha sido interpretada en términos amplios, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Conforme a la opinión mayoritaria, esta circunstancia comisiva comprende cualquier tipo de padecimientos, ya sean físicos o psicológicos, que impidan que la víctima se oponga a la realización de la conducta sexual. Tal es el caso, por ejemplo, de una víctima que, recibiendo una atención médica, es abusada por el profesional que la atiende, quien abusa de la confianza conferida, tal como ocurrió en el caso que acá se comenta.

Lo anterior se justifica en atención a que los pacientes no cuentan con los conocimientos necesarios para impugnar el cumplimiento de la *lex artis* por parte del profesional médico, quien ostenta el control absoluto sobre la situación, siendo libre para decidir qué exámenes o ejercicios realizar. Esta es la idea que subyace al razonamiento de la Corte de Apelaciones de Rancagua, la cual tiene especialmente en consideración que, ante la consulta de una de las víctimas sobre la necesidad de realizar los masajes cuestionados, el imputado simplemente desechó la pregunta señalando que él era el médico y, por lo tanto, sabía qué hacer, respuesta que consiguió inhibir ulteriores cuestionamientos por parte de la víctima.

4. Respecto del campo de aplicación del delito de abuso sexual por sorpresa, previsto en el inciso tercero del artículo 366, que la Corte de Apelaciones de Rancagua estima limitado a cuando dicho abuso tiene lugar en lugares públicos o de libre acceso público, en este trabajo se ha sostenido que dicha interpretación es incorrecta.

Si bien las mociones que dieron origen a la tramitación del proyecto legislativo tenían como único objetivo sancionar el acoso sexual cometido en lugares público o de libre acceso público, tanto verbal como físico, ya durante el primer trámite legislativo, ante la Cámara de Diputadas y Diputados, se

optó por incluir dos delitos distintos, uno limitado al acoso sexual callejero que ocurría en lugares públicos o de libre acceso público, y otro de aplicación general, cuya tenían por finalidad sancionar a quien realizare una acción sexual con contacto corporal sin el consentimiento de la víctima, hipótesis que no contemplada, entre sus requisitos, que la conducta se realizara en lugares públicos o de libre acceso público. Durante el segundo trámite legislativo, el Senado decidió mantener ambas hipótesis delictivas separadas, pero propuso ubicar el segundo tipo penal en un nuevo inciso tercero del artículo 366, haciendo referencia expresa a la modalidad de sorpresa.

Por esta razón, a pesar de que la intención original de las mociones que dieron lugar al proyecto de ley aprobado efectivamente era sancionar únicamente el acoso sexual cometido en lugares público o de libre acceso público, durante la tramitación legislativo se optó claramente por distinguir distintos delitos, uno que sancionaba el acoso sexual en lugares públicos o de libre acceso público (artículo 494 ter) y otra hipótesis de abuso sexual general, que nunca hizo referencia alguna al lugar de comisión de la conducta típica.

Por esta razón, no corresponde exigir, como un elemento del tipo penal, que el delito de abuso sexual por sorpresa de inciso tercero del artículo 366 sea cometido en un lugar público o de libre acceso público.

5. Considerando la penalidad del delito de abuso sexual por sorpresa, inferior a aquella del delito de abuso sexual de los incisos primero y segundo del artículo 366, es posible afirmar que el primer delito constituye una figura residual, cuya aplicación será desplazada en todos aquellos casos en que concurren los elementos de las demás hipótesis de abuso sexual del artículo 366. Por consiguiente, la labor del tribunal será siempre verificar, en primer lugar, si se configura o no el delito de abuso sexual de los incisos primero o segundo del artículo ya citado. En caso afirmativo, se deberá condenar por dicho tipo penal, descartando la aplicación del delito de abuso sexual por sorpresa. Por el contrario, en caso negativo, el tribunal deberá evaluar la eventual aplicación de este último delito.

Una forma de hacer operativa la propuesta anterior es entender que las hipótesis delictivas comprendidas en el inciso tercero del artículo 366 son de menor gravedad que aquellas incorporadas en los incisos primero y segundo, las cuales usualmente consistirán en conductas de significación sexual y de relevancia cometidas de manera sorpresiva y de ejecución instantánea, sin que exista una circunstancia adicional de tipo contextual o situacional que coloque a la víctima en una posición en que sus capacidades para oponerse a la agresión se vean significativamente reducidas, caso en que se configuraría una incapacidad para oponerse.

2. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Abuso sexual en personas mayores de 14 años. Abuso sexual en el contexto de exámenes médicos. I. Discrepancia en cuanto a la ponderación probatoria no constituye causal de nulidad. Decisión del tribunal conforme a la cual fue desestimada la tesis absolutoria es el resultado de un proceso lógico exento de reproches. II. Es el juez presidente de la sala quien dirige el debate, ordena la rendición de las pruebas y exige el cumplimiento de las solemnidades que correspondieren. Razón para no contrastar a la denunciante con el parte policial es que éste último no es prueba. III. Conductas desplegadas por el sentenciado satisfacen los requisitos del tipo penal de abuso sexual.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por cuatro delitos de abuso sexual en personas mayores de 14 años. Defensa de condenado recurre de nulidad. La Corte de Apelaciones rechaza el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de Nulidad (Rechazado)*
TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Rancagua*
ROL: *1739-2022, de 12 de enero de 2023*
MINISTROS: *Sr. Ricardo Pairicán G., Sr. Michel González Carvajal y Abogado Integrante Sr. Alberto Salvador Veloso A.*

DOCTRINA

No es posible advertir falta de imparcialidad en el razonamiento de los sentenciadores a quo que haya conducido a la decisión de condenar al acusado por el delito cometido en contra de M. S., sino únicamente una discrepancia de la defensa en cuanto a la ponderación probatoria que condujo a la conclusión que no ha existido la ganancia secundaria en la que se asienta su teoría del caso, la que desde luego es insuficiente para la nulidad que se pretende, razones que conducirán a desestimar el recurso por este motivo. (...) En la especie, no ha existido infracción alguna a la presunción de inocencia que beneficiaba al condenado, tampoco los jueces a quo han presumido de derecho su responsabilidad penal ni alterado la carga de la prueba, advirtiéndose

en este sentido que los fundamentos del libelo recursivo, se orientan nuevamente más bien a disentir de la ponderación probatoria en base a la cual fue desechada la tesis absolutoria planteada por la defensa, lo que en modo alguno justifica la pretensión invalidatoria hecha valer (considerandos 4º a 6º de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

El relato creíble y sostenido en el tiempo entregado por la víctima, fue refrendado en juicio con la ficha clínica de ella, en la cual se consigna haber sido atendida por el acusado el veintidós de noviembre de 2017, a las 16:00 hrs., y por el funcionario policial R. T., quien ese mismo día, pero alrededor de las 21:45 hrs. recibió la denuncia, pudiendo el tribunal dar por acreditados los hechos contenidos en la acusación. Expresa constancia se contiene en la sentencia del hecho que de la ficha clínica no se desprende que la paciente haya presentado mareos, que ella se refirió a ellos a propósito de lo dicho por la defensa, sin que se haya hecho uso de la herramienta procesal idónea para incorporar esa mención, y de lo aseverado en estrados por la perito Scott en relación que el desconocimiento de la interacción con su pareja es insuficiente para concluir que éste intervino para darle una determinada valoración a lo que ella le transmitió. De este modo, la decisión del tribunal conforme a la cual fue desestimada su tesis absolutoria es el resultado de un proceso lógico exento de reproches, contexto en el cual se debe precisar que sea que la víctima haya indicado al hechor que sufría de mareos o no, ello no hace desaparecer el núcleo de la incriminación, constituido porque el día veintidós de noviembre de 2017 concurrió al centro médico de Pichidegua, siendo atendida por el acusado quien para examinarla se puso detrás de ella y con sus manos la tomó de los hombros para proceder a moverla hacia los lados, y hacia delante y hacia atrás, y al efectuar estos movimientos su trasero rozaba con el pene de este, para enseguida pedirle que se gire y se apoye en la camilla con sus manos poniéndose detrás de ella para hacerle en la espalda un tipo de masaje presionándole el trasero con su pene, de modo tal que, no existiendo aquella falta de imparcialidad que endilga la defensa, el recurso no ha de prosperar (considerandos 11º y 12º de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Los recurrentes señalan a continuación como infringida la garantía del debido proceso contenida en el artículo 333 del Código Procesal Penal, pues el tribunal impidió a la defensa utilizar sus medios de prueba para contrastar a las denunciantes con sus fichas clínicas y otros medios durante la rendición de la prueba de cargo, lo que en el caso de M. S. trajo aparejado que su ficha clínica fue considerada sólo en la parte que acreditaba la fecha de la atención, pero no su historial médico, siendo incluida como “Prueba no relevante para los hechos por los cuales se condenó”. Igualmente, se denuncia infracción

del artículo 336 del Código Procesal Penal, pues el tribunal impidió a la defensa utilizar la técnica del inciso segundo, para contrastar a la denunciante Sarabia con el parte policial durante la rendición de la prueba de cargo. Al respecto conviene recordar que al tenor del artículo 292 del Código Procesal Penal, es el juez presidente de la sala quien dirige el debate, ordena la rendición de las pruebas y exige el cumplimiento de las solemnidades que correspondieren. Del mismo modo, que la decisión del tribunal en cuanto a lo señalado a propósito del artículo 333 del Código aparece fundado en que la defensa debía esperar la oportunidad procesal en que rendiría su prueba para realizar el contraste, lo que malamente puede ser entendido como una privación del derecho; y, en lo tocante al inciso 2º, del artículo 336, que la razón dada para no contrastar a la denunciante con el parte policial es que éste último no es prueba, razonamientos que son compartidos por la Corte. Por lo señalado anteriormente, no han sido quebrantados los derechos otorgados a la defensa en los artículos 333 y 336, inciso 2º, del Código Procesal Penal, fundándose la decisión del tribunal en el uso legítimo de la facultad de dirección que le corresponde al presidente del tribunal, y constatado que esa decisión hizo una correcta aplicación de las disposiciones citadas, el recurso en este sentido será igualmente desestimado (considerando 13º a 15º de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

El artículo 366, inciso 1º, del Código Penal, sanciona con la pena que señala al que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con persona mayor de catorce años, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361, cuyo numeral 2º se refiere al caso que el hechor aproveche la incapacidad de la víctima de oponerse. En la especie, no cabe sino concluir que las conductas desplegadas por el sentenciado los días veintitrés de agosto; trece y veintidós de noviembre, y dieciocho de diciembre, todos del 2017, satisfacen los requisitos del tipo, pues acercar el pene al trasero de otra persona y presionarlo sobre las nalgas no puede menos que ser considerado una conducta de significación sexual relevante, distinta del acceso carnal, conducta que por haberse cometido bajo el pretexto de un examen médico de diagnóstico, colocó a las víctimas en una situación de incapacidad para oponerse, tal como acertadamente razona el motivo décimo tercero del fallo en estudio, siendo necesario destacar que la víctima M. S. relató que al expresarle al acusado si era necesario lo que hacía, éste le respondió “yo soy el doctor y estoy revisando”. En consecuencia, los hechos acreditados, constitutivos de cuatro ilícitos de abuso sexual cometidos en contra de ..., los tres primeros en el Centro Médico de Pichidegua y el último en el Cesfam de San Vicente de Tagua Tagua, el veintidós de noviembre, trece de noviembre, veintitrés de

agosto y el dieciocho de diciembre, respectivamente, todos de 2017, satisfacen la exigencia del tipo penal de abuso sexual cometido contra persona mayor de 14 años, con la circunstancia de aprovechamiento de la incapacidad de oposición de la víctima, del artículo 366 inciso 1º, en relación con el 361 N° 2, ambos del Código Penal, de modo tal que no existiendo la infracción de ley que se denuncia en ninguna de las formas en que ésta puede producirse, el recurso de nulidad intentado, no puede ser acogido (considerandos 20º a 22º de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CL/JUR/498/2023

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 297, 333, 336, 342 letra c), 374 letra e) del Código Procesal Penal; 366 del Código Penal.

SUPUESTA VULNERACIÓN DEL *NON BIS IN IDEM*
AL APLICAR LA AGRAVANTE DE “COMETER EL DELITO DE TRÁFICO
EN UN LUGAR DE DETENCIÓN” A UN SUJETO QUE ESTÁ
PRIVADO DE LIBERTAD

ALEJANDRO LEIVA LÓPEZ*
Universidad Finis Terrae

I. ANTECEDENTES GENERALES DEL CASO

El 17 de junio de 2023, el Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, en causa RIT 962023, RUC 1900963047-6, dictó sentencia condenatoria en contra de CAAO como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, en pequeñas cantidades, en su modalidad de posesión y porte, previsto en el artículo 4º de la Ley N° 20.000, aplicando como circunstancia agravante la contenida en el artículo 19 letra h) de la Ley N° 20.000, esto es, el haber cometido el delito en un lugar de detención o reclusión.

En contra de la sentencia, la defensa recurrió de nulidad fundada en que el sujeto cometió el delito mientras cumplía una pena privativa de libertad, razón por la cual la aplicación de tal agravante implicaría una vulneración de la prohibición de doble valoración, en tanto que no puede producir el efecto de aumentar la pena una circunstancia agravante –cometerlo en un lugar de detención– que resulta inherente al delito dada la condición de encierro del sujeto activo. Tal error en la aplicación del Derecho habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo dado que, sin ella, la pena aplicable sería menor.

Sin perjuicio de que la recurrente arguye otros fundamentos, en el presente comentario nos avocaremos solo a aquellos que dicen relación con la naturaleza y alcance del principio *non bis in idem* en relación con la proscripción de valoración conjunta de circunstancias agravantes de la responsabilidad penal.

* Doctor en Derecho y Magíster en Derecho Público, Universidad de los Andes. Magíster en Derecho Penal, Universidad de Chile. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Profesor Asociado de Derecho Penal, Universidad Finis Terrae. Correo electrónico: alejandro.leiva@uft.cl

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD

El error en la aplicación del Derecho en la sentencia del TOP de Concepción señala la defensa, radica en estimar que en el caso concreto concurre la circunstancia agravante del artículo 19 letra h) de la Ley N° 20.000, esto es, “Si el delito fue cometido en un lugar de detención o reclusión” a pesar de que el sujeto no ha elegido libremente cometer el delito en el centro penitenciario, razón por la cual “necesariamente ha debido tener lugar en él”¹.

Agrega que las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, en general, tienen por finalidad adecuar la pena (abstractamente contemplada en el tipo) a la conducta concretamente desplegada por el agente en relación con la efectiva entidad del injusto cometido; es decir, a través de estas reglas de ponderación, el juez en el caso concreto puede evaluar y ajustar la medida de la pena a la peligrosidad o daño real generado por la acción u omisión imputable al sujeto activo. Asimismo, para realizar el juicio de valoración, el intérprete siempre debe tener presente el bien jurídico protegido, y cómo la especial circunstancia de comisión aumenta la afección o riesgo para aquél.

Así, y dado a que el bien jurídico protegido es la salud pública y, entiéndense que la *ratio legis* de la agravante aquí cuestionada sería sancionar a quienes se prevalecen de la aglomeración de estos lugares (recintos penitenciarios), o bien a quienes perturban el proceso rehabilitador, se debe concluir que en el caso ello no ha ocurrido, puesto que sólo un delito de distribución de drogas *dentro* del recinto podría llegar a afectar la salud pública de los internos.

En el caso concreto, afirma la defensa, se interrumpió la comisión del ilícito en el momento en que se estaba entregando la droga desde la reja del salón de visita al patio interior, razón por la cual *no se habría alcanzado a distribuir la droga*. Esto se confirma por el tribunal en su conclusión, puesto que señala que el delito se comete en las modalidades de *posesión y porte*, y no de distribución.

En razón de tales fundamentos, a saber: la falta de libertad del sujeto activo en la elección del lugar de comisión; la desnaturalización de la agravante puesto que en estos casos concurrirá siempre y no de manera circunstancial; la vulneración al principio de la doble valoración y; que la conducta desplegada al no ser de distribución no lesiona el bien jurídico protegido, quedaría de manifiesto que, conforme a Derecho, no procede aplicar la circunstancia del artículo 19 letra h) de la Ley N° 20.000, por lo que el Tribunal de Juicio Oral

¹ Corte de Apelaciones de Concepción, 25.08.2023, rol N° 855-2023.

en lo Penal de Concepción ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

III. RAZONAMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN: RECHAZO DEL RECURSO DE NULIDAD

En primer término, afirma la Corte, del texto del artículo 19 letra h) de la Ley N° 20.000, surge con claridad que dicho aumento de pena no fue previsto por el legislador para castigar la *calidad del sujeto activo* sino que más bien, el lugar donde la conducta se despliega, “por lo que razonar como la defensa es avalar el disvalor de la conducta de un sujeto que condenado a una pena privativa de libertad, reincide en su conducta al interior del penal, portando droga, sin que se haya probado su calidad de consumidor como arguyó la defensa”².

Asimismo, señala que el aumento de pena de la letra h) del artículo 19 de la Ley N° 20.000, no vulnera el principio de *non bis in idem*, toda vez que “el objetivo del legislador penal para evitar la comisión de los delitos de tráfico en el interior de recintos penitenciarios, atiende a la mayor afectación de derechos esenciales que tales conductas acarrean a personas que se encuentran en situación de privación de libertad, por lo que no resulta acertado que éste sea un elemento connatural a la forma de comisión del ilícito o se esté sancionando doblemente la misma circunstancia, como sostiene la recurrente”³.

Por otra parte, y en atención a la supuesta falta de libertad del sujeto para realizar la conducta en un lugar distinto al recinto penitenciario, el sujeto privado de libertad afirma la Corte, “no pierde la capacidad de tomar decisiones y auto determinarse (...)"⁴. Asimismo, la agravante responde a que se considera mayor el disvalor de la conducta al ejecutarse este delito en lugares como los recintos penitenciarios, aumentando el consumo de sustancias ilícitas por parte de los internos, “independiente de que éste se ejecute por personas ajenas a dichos recintos o por los propios internos”⁵.

Finalmente, y en cuanto al fundamento por el cual no procede la aplicación de la agravante en tanto que la droga no fue efectivamente distribuida

² Corte de Apelaciones de Concepción, 25.08.2023, rol N° 855-2023, considerando 2º. El destacado es nuestro.

³ *Ibid.*, considerando 3º.

⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, 25.08.2023, rol N° 855-2023, considerando 4º.

⁵ *Ibid.*, considerando 4º.

dentro del recinto penitenciario, la Corte penquista señala que el objetivo que buscó el legislador con la imposición de esta norma, radica en la necesidad de “evitar el consumo de drogas por parte de los internos en los establecimientos carcelarios, siendo entonces la finalidad de la agravante, evitar la difusión de estupefacientes en comunidades que se pueden ver más amenazadas por el peligro de las drogas y el daño que puede provocar en procesos de rehabilitación y reinserción en el interior de los penales. Entonces, el objetivo de la agravación de la sanción es claro, evitar el consumo de drogas en estos recintos carcelarios, y la conducta del acusado era justamente, portar esta sustancia ilícita, encontrándose el delito en estado de consumación de acuerdo al artículo 4º de la Ley N° 20.000”⁶.

En tal sentido la Corte rechazó el recurso de nulidad deducido por la defensa del sentenciado CAAO, en contra de la sentencia definitiva de diecisiete de junio de dos mil veintitrés del TOP de Concepción, la cual, por tanto, no es nula en la parte que se lo condenó como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, en pequeñas cantidades, en su modalidad de posesión, aplicándose el aumento de pena de la letra h) del artículo 19 de la Ley N° 20.000.

IV. COMENTARIO

1. Naturaleza de la prohibición de doble valoración y la regla del art. 63 CP

La prohibición de doble valoración o *non bis in idem* constituye un auténtico principio del Derecho⁷ que se manifiesta no solo en sede penal, sino también en otras áreas del Derecho, especialmente en sede procesal⁸. La práctica jurisprudencial ha recurrido a él con frecuencia al impedir que un mismo hecho sea

⁶ *Ibid.*, considerando 5º.

⁷ Sobre los elementos que permiten sostener la existencia de verdaderos principios del Derecho (penal), véase: LEIVA, Alejandro. “La comunicabilidad en el Derecho penal chileno a partir de su interpretación práctica. Mirada crítica a su formulación como “principio del Derecho”, en *Revista de Derecho PUCV*, vol. XLIX, 2º semestre de 2017, pp. 219-253.

⁸ Un buen ejemplo de esta máxima de proscripción de doble sanción se haya de manera intrínseca en la institución de la cosa juzgada con expreso soporte constitucional (art. 76 CPR) al imposibilitar el “hacer revivir procesos feneidos”. Sobre su origen y sentido, véase actas de la C.E.N.C. sesión 101^a, p. 528. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3767/2/Tomo_III_Comision_Ortuzar.pdf.

sancionado en sede administrativa y en sede penal, siempre que se presente la triple identidad⁹; y más recientemente, se ha analizado su repercusión, por ejemplo, en el tratamiento de las hipótesis de concurso ideal de delitos y de concurso aparente de leyes penales¹⁰ y la evitación de doble punición entre la sede administrativa y penal¹¹.

Que se trate de un principio del Derecho radica en que constituye un verdadero *avance civilizatorio* que da cimiento y fundamenta la ley, ilumina su contenido, integra sus vacíos, traza sus límites y sirve de guía tanto al legislador, como al jurista y al juez para su aplicación a casos concretos¹². Por ello, y en tanto principio, no requiere ser reconocido ni tipificado en el ordenamiento jurídico positivo, pues ha sido su reconocimiento dogmático y jurisprudencial constante a través del tiempo lo que lo eleva a tal categoría¹³.

Con todo, el hecho de que se eleve a la categoría de principio y sea válido recurrir a él en tanto mandato abstracto de interpretación allí donde existe oscuridad, el legislador penal chileno, siguiendo al español de 1848 (art. 68), aterrizó la proscripción de doble valoración y la consagró como *regla* dentro del proceso de determinación de la pena y, más específicamente, en cuanto a la imposibilidad de aplicación material múltiple de una misma circunstancia agravante.

⁹ Véanse, entre otros, los siguientes fallos del Tribunal Constitucional en relación con este principio: 10.01.2017, rol N° 3000; 13.12.2016, rol N° 2983; 25.08.2016, rol N° 2896; 15.10.2015, rol N° 2722; 8.10.2015, rol N° 2744; 11.06.2015, rol N° 2702; 16.01.2014, rol N° 2346; 26.11.2013, rol N° 2402; 8.11.2013, rol N° 2403; 4.07.2013, rol N° 2133.

¹⁰ OSSANDÓN, Magdalena. “El legislador y el principio *ne bis in idem*”, en *Polít. crim.*, vol. 13, N° 26 (diciembre 2018) art. 8, pp. 952-1002.

¹¹ De allí que Gómez distinga dos perspectivas: una de carácter material o sustantiva, conforme a la cual se impide imponer a un sujeto un doble castigo por un mismo hecho y fundamento (proscripción de punición múltiple) y, la otra, de orden procesal, a través de la cual se prohíbe someter a más de un proceso a un mismo sujeto por los mismos hechos y fundamento, tras una decisión judicial firme, sea o no condenatoria, es el efecto negativo de la cosa juzgada (prohibición de juicio múltiple). En: GÓMEZ, Rosa. “El *non bis in idem* en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”, en *Revista de Derecho PUCV*, vol. XLIX, 2º semestre de 2017, p. 104.

¹² En efecto, Yacobucci afirma que los principios configuradores o materiales del Derecho penal tienen una juridicidad y “positividad” de algún modo “natural”, en tanto se les reconoce su emergencia primaria a partir de la racionalidad humana, sus vínculos, fines, bienes y valores, especialmente los que surgen de la convivencia social. En nuestro tiempo, incluso, parte de esa evidencia o naturalidad se proyecta a los principios que han sido mayoritariamente reconocidos como fundamentales por el ordenamiento constitucional. Cfr. YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Editorial BdeF (2014), p. 101.

¹³ LEIVA, ob. cit., *passim*.

Y ello no significa, sino, que la resolución de casos en que una misma agravante concurra materialmente más de una vez ha de ser resuelta única y exclusivamente según se consagra en el art. 63 CP y no mediante la concreción del principio –abstracto– al caso concreto¹⁴; ergo, desde el prisma de la teoría del Derecho, no resulta válido recurrir al principio por sobre la regla positivizada, siempre que el caso a resolver se adscriba a la regla particular (art. 63 CP).

Así, y como es sabido, el art. 63 distingue tres hipótesis distintas en que se reconoce la posibilidad de doble valoración de una misma agravante, siendo la tercera la que aquí se vería convocada. Revisaremos brevemente el alcance de estas disposiciones a la luz de lo que mayoritariamente ha sostenido sobre ellas la doctrina nacional.

2. Hipótesis que contempla el art. 63 CP

a) Circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley

En esta categoría cabrían todas aquellas circunstancias agravantes que, además de estar contempladas como tales en el art. 12 CP o, en el Libro II CP o, en leyes especiales, constituyen, además, conductas que por sí mismas han sido contempladas como tipos penales autónomos; o lo que es lo mismo, tipos penales que el legislador ha contemplado, asimismo, como agravantes de la responsabilidad penal cuando se ejecutan en conjunto con otra conducta.

Así, y a pesar de que para Etcheberry¹⁵ esto ocurre solo en un caso –art. 12, circunstancia 14, segunda parte CP, relativa al quebrantamiento de condena–, también ocurre, como correctamente afirma Garrido¹⁶, con la agravante del N° 3 del art. 12, en relación con el delito de incendio; o con la del N° 4º del art. 12, cuando los otros males a que se alude en ese precepto configuran un delito especial, entre otros.

¹⁴ Y en ello radica uno de los principales problemas de la positivización de los principios: éstos mutan a *reglas* en tanto que se delimita su *abstracción normativa* al ámbito textual de su concreción legal. Las constelaciones normativas a las que el principio estaba llamado iluminar, aquellos grandes espacios del ordenamiento se reducen a pequeñas parcelas de conflicto que, en este caso, se circunscribe al de las circunstancias agravantes y la evitación de su doble contemplación punitiva.

¹⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General*, 3^a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1997), tomo II, p. 179.

¹⁶ GARRIDO, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2001), tomo I, p. 318.

Por nuestra parte, también cabría recurrir a esta hipótesis, en aquellos casos en que, por ejemplo, se ejecuta el delito con auxilio de gente armada, como se contempla en el numeral 11 del art. 12 CP. Tal circunstancia –respecto de la gente armada– podría constituir por sí mismo un delito de porte o tenencia ilegal de armas de fuego sancionado por la Ley N° 17.798, razón por la cual no cabría agravar la responsabilidad de estos sujetos aplicando dicha agravante, pues ello implicaría sancionar dos veces por lo mismo.

b) Circunstancias agravantes que la ley ha expresado al describir y penar un delito

También puede ocurrir, en tanto técnica legislativa corriente, que el legislador, por razones fenomenológicas o de política criminal, recurra a ciertas circunstancias agravantes contenidas en la Parte General y las integre como uno más de los elementos típicos de una figura determinada en la Parte Especial, tal como ocurre en el delito de homicidio calificado que, a grandes rasgos y con matices, recurre en sus cinco numerales, a las primeras cinco agravantes del art. 12 CP, o el escalamiento del art. 12 N° 19, en el robo con fuerza en las cosas de los arts. 440 N° 1 y 442 N° 2 CP¹⁷.

Con todo, ni la primera ni la segunda regla que contempla el art. 63 serían aquellas que supuestamente se verían vulneradas en el fallo aquí analizado. De acuerdo al recurso de nulidad, sería la tercera hipótesis del art. 63 la que se vería pasada a llevar por el fallo del TOP de Concepción, en tanto que la circunstancia de que el sujeto esté privado de libertad resultaría inherente a la agravante de cometerlo dentro de un recinto penitenciario.

c) Circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse

A diferencia de los casos anteriores, esta tercera hipótesis supone que la circunstancia agravante no ha sido expresamente tomada por el legislador al describir el tipo, sino que se deduce intrínsecamente y en términos materiales, su concurrencia en el delito. Ello ocurriría, por ejemplo, en el caso de la alevosía –en tanto obrar sobreseguro– inserta en forma inherente en el delito de infanticidio, siempre que el autor aproveche que el recién parido se encuentra solo¹⁸.

¹⁷ Así, CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, reimpr. 2^a edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile (1997), p. 390.

¹⁸ En el mismo sentido, COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor. *Código Penal Comentado. Parte General - Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago: Editorial Abeledo Perrot (2011), p. 576.

Para Garrido¹⁹, esta tercera regla admite, además, dividirse en dos hipótesis alternativas: una se presenta cuando la inherencia a que alude la disposición es consecuencia del tipo penal, como sucede con el ya citado caso del infanticidio; y otra cuando el tipo penal no presupone la agravante, pero sí las circunstancias del hecho o sus modalidades de ejecución; lo que ocurriría, “cuando en el delito de homicidio la víctima es el dueño de una empresa rival que, por desgracia, es un anciano enfermizo, débil, donde la alevosía deberá siempre concurrir”²⁰.

Lo interesante de la postura de Garrido, se haya en que, para él, se deben separar de esta última alternativa aquellas agravantes que se refieran a *una condición particular del agente*, como son las del art. 12 N°s. 14, 15 y 16 CP. Así, el haber sido condenado con anterioridad por un delito de igual naturaleza o cometer el nuevo delito en tanto cumple el agente una condena, no pueden quedar incluidas entre las que pertenecen a la ejecución del delito, por cuanto la ley ha manifestado implícitamente su voluntad en el sentido de que surtan efecto en todo hecho típico en que el agente cumpla la condición que agrava su responsabilidad; tal como parece ocurrir en el caso de marras.

En igual sentido se expresa Cury²¹. Cada vez que la inherencia de la agravante a la ejecución no esté implícita en el tipo legal, pero sí se deriva de las circunstancias concretas en que se comete el delito, de manera que el autor no tiene otra forma de perpetrarlo sino configurándola, se habrá de aplicar igualmente la agravante. Así, afirma Cury, no puede asilarse en el art. 63, inc. segundo, el funcionario de una empresa que la ha defraudado, alegando que, atendida su posición, no podía sino cometer el delito abusando de la confianza que se le dispensaba.

Lo que ocurre, concluye Cury, es que, al concebir estas agravantes, la ley ha presupuesto su concurrencia obligada en todo hecho en el que intervenga quien es portador de la calificación personal, manifestando implícitamente su voluntad de que, aun así, surta efectos²².

En esta línea de pensamiento, estimo, la circunstancia de que el sujeto se encuentre privado de libertad –en tanto condición personal ineludible– no admite excluir el efecto de la agravante, en tanto que dicha calidad no forma parte integrante del tipo de tráfico, ni expresa ni implícitamente, pero especialmente, tampoco supone una doble valoración en conjunción con la agravante

¹⁹ GARRIDO, ob. cit., p. 319.

²⁰ GARRIDO, ob. cit., p. 319.

²¹ CURY, ob. cit., p. 391.

²² CURY, ob. cit., p. 391.

de “cometerlo en un lugar de detención o reclusión”, en tanto que ésta última (la agravante) responde al *lugar* de ejecución de la acción *y no a una cualidad o circunstancia personal* –se trata de categorías diferentes–. La eventual coincidencia espacial “sujeto-lugar” no implica identificación valorativa de agravación, pues aquello que es diferente no admite duplicidad sancionatoria en su consideración conjunta. En tal sentido, la agravante resulta aplicable tanto a quienes están dentro de prisión (*v. gr.* gendarmería y reclusos), como a quienes estén fuera.

Y esto explica lo inadmisible que resulta sostener que el sujeto no podía haber visto agravada su responsabilidad en tanto que, como sujeto privado de libertad, el delito “necesariamente ha debido tener lugar en el recinto penitenciario”. Un sujeto condenado sigue siendo destinatario de la norma, razón por la cual la amenaza de ver agravada su responsabilidad al cometer un delito *desde dentro* permanece incólume, a menos que la doble valoración sea, precisamente, el lugar de comisión. Lo contrario –inaplicabilidad de la agravante a quienes están privados de libertad–, supondría conceder un privilegio al contumaz, lo cual no ha sido, por cierto, la intención del legislador.

Lleva la razón, entonces, la Corte de Apelaciones de Concepción, al afirmar que del texto del artículo 19 letra h) de la Ley N° 20.000, “surge con claridad que dicho aumento de pena no fue previsto por el legislador para castigar la calidad del sujeto activo sino que más bien, el lugar donde la conducta se despliega”²³.

3. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Microtráfico. Delito ha sido cometido en un centro de reclusión. Aumento de la pena de la letra h) del art. 19 de la Ley N° 20.000 no vulnera el principio de *non bis in ídem*

HECHOS

Defensa del sentenciado interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva, dictada por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que lo condenó como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, en pequeñas cantidades

²³ Corte de Apelaciones de Concepción, 25.08.2023, rol N° 855-2023, considerando 2º.

dades, en su modalidad de posesión y porte. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones rechaza el recurso de nulidad.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de Nulidad (Rechazado)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Concepción*

ROL: *855-2023, de 25 de agosto de 2023*

MINISTROS: *Sra. Matilde Esquerre P., Sr. Marcelo Matus F.; Hernán Rodríguez C.*

DOCTRINA

Debe recordarse que el artículo 19 letra h) de la Ley N° 20.000 dispone que: “Tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes: h) Si el delito fue cometido en un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial., de lo que surge con claridad que dicho aumento de pena no fue previsto por el legislador para castigar la calidad del sujeto activo sino que más bien, el lugar donde la conducta se despliega, por lo que razonar como la defensa es avalar el disvalor de la conducta de un sujeto que condenado a una pena privativa de libertad, reincide en su conducta al interior del penal, portando droga, sin que se haya probado su calidad de consumidor como arguyó la defensa. Por otra parte, el aumento de pena de la letra h) del artículo 19 de la Ley N° 20.000, no vulnera el principio de non bis in ídem, toda vez que el objetivo del legislador penal para evitar la comisión de los delitos de tráfico en el interior de recintos penitenciarios, atendida la mayor afectación de derechos esenciales que tales conductas acarrean a personas que se encuentran en situación de privación de libertad, por lo que no resulta acertado que éste sea un elemento connatural a la forma de comisión del ilícito o se esté sancionando doblemente la misma circunstancia, como sostiene la recurrente” (considerandos 2º y 3º de la sentencia de la Corte de Apelaciones)

Cita online: CL/JUR/35592/2023

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 4º, 19 y 1º transitorio de Ley N° 20.000; Artículo 373 de Código Procesal Penal.*

SOBRE LA APLICACIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA POR APARATOS ORGANIZADOS DE PODER EN CHILE

ITALO REYES ROMERO*

Universidad Anáhuac México

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia de la Corte Suprema rol N° 27791-2019 (en adelante, la sentencia) utiliza un concepto novedoso, pero cada vez más popular en la doctrina nacional y contemporánea para resolver casos complejos de intervención múltiple de sujetos en estructuras organizativas, a saber, la figura de la autoría mediata por aparatos organizados de poder (también llamada autoría mediata por dominio de la organización).

En las situaciones más comunes, esta forma de autoría permite castigar como autor al superior jerárquico que ha ordenado a un subordinado la comisión de un delito, a pesar de que ese subordinado es completamente responsable por el hecho. De ahí a que esta figura se discuta bajo el tema del “autor detrás del autor”, es decir, es autor (directo) quien cometió el delito de propia mano y también es autor (mediato) quien ordenó la comisión de ese delito. En principio, esto resulta problemático bajo los principios de la responsabilidad jurídico-penal, pero la tendencia judicial apunta a gradualmente extender su utilización para resolver casos difíciles. Sin embargo, es fundamental enfatizar los problemas de esta solución y las alternativas que se pueden asumir para alcanzar un resultado igualmente satisfactorio. Este será el objeto del presente comentario.

Para ello, el segundo apartado planteará los hechos del caso y los argumentos que utilizó la Corte Suprema para fundamentar la sentencia condenatoria. En el tercero se analizará brevemente la figura de la autoría mediata por dominio de la organización en atención a la doctrina chilena y comparada. Así, el cuarto apartado podrá indicar los problemas que se derivan de asumir esta forma de autoría, especialmente respecto del criterio de la fungibilidad. En atención a esos problemas, el quinto capítulo tratará de entregar una solución

* Doctor en Derecho, Universidad de Bonn (Alemania); abogado, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Penal, Universidad Anáhuac México.

alternativa al caso basándose en la figura de la inducción o instigación¹. Luego, el sexto apartado tendrá por objetivo valorar críticamente la sentencia en atención a las ideas planteadas. Finalmente, el último apartado establecerá las conclusiones.

Es necesario destacar que la sentencia involucra varios tópicos problemáticos, pero este comentario se enfocará en el uso de la autoría mediata por aparatos organizados de poder. Además, la sentencia puede ser discutida en el marco de los delitos de omisión impropia y las posiciones de garante, así como en el marco de la imputación subjetiva de los sujetos activos, específicamente sobre la pregunta de si es posible observar dolo en su comportamiento. Ambos temas son complejos, pero la extensión de este comentario no permite referirnos a ellos con el suficiente detalle. Solamente serán brevemente mencionados en el sexto capítulo.

II. HECHOS DEL CASO Y FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

a) El 3 de octubre de 1973, es decir, solo un par de semanas después del golpe de Estado que derrocó el gobierno del presidente Salvador Allende, la víctima fue detenida en la población La Bandera por funcionarios policiales de la Subcomisaría de Carabineros de la Granja, en virtud de una denuncia realizada por su cónyuge por el delito de lesiones.

En vez de ser puesta a disposición de la justicia, la víctima fue ejecutada en la comuna de La Florida mediante disparos realizados por los policías que lo detuvieron.

Los superiores jerárquicos de los carabineros directamente responsables fueron el Capitán O. y el Teniente B.

b) El 15 de mayo de 2019, la Corte de Apelaciones de San Miguel condenó a O. y a B. como autores del delito de homicidio calificado consumado en contra de la víctima a la pena de 10 años y un día de prisión (y otras accesorias).

c) Los condenados interpusieron sendos recursos de casación en contra de la sentencia, los cuales fueron analizados por la Corte Suprema.

Los recursos de casación en la forma reclamaban, entre algunos argumentos, que la condena se sostuvo en explicaciones genéricas al no establecer prueba suficiente de que los condenados forzaron o indujeron a los ejecutores y que la condena se basó en la omisión de no fiscalizar al personal de dotación mientras que la acusación versó sobre el artículo 15 N° 2 del Código Penal.

¹ En este artículo, se usarán indistintamente los términos “inducción” e “instigación”.

Por su parte, el recurso de casación en el fondo planteó que existe un error de derecho al determinar la participación de los condenados, pues no se estableció previamente al autor material del homicidio calificado. Asimismo, se plantea que no existen medios de prueba concretos que permitan concluir razonablemente que los imputados fueron responsables por el delito.

d) Respecto de la casación en la forma, la Corte Suprema reconoció que la sentencia recurrida estableció adecuadamente la dinámica organizacional en la Subcomisaría de Carabineros de La Granja, la cual estaba efectivamente dirigida por O. y B. De tal manera, acreditó que ambos sujetos tenían la calidad de superiores jerárquicos de quienes detuvieron y asesinaron a la víctima. En ese sentido, ellos debieron ejercer el deber de dirección y fiscalización en orden a evitar que sus subordinados afectaran o pusieran en peligro la vida de la víctima, lo que claramente no ocurrió².

e) Respecto de la casación en el fondo, se observa el argumento más interesante. La Corte Suprema responde a la crítica de que no se estableció fehacientemente el autor material recurriendo a la idea de la “autoría mediata”. En estos casos, expresa la sentencia, la persona es directamente responsable por la satisfacción del tipo, pero no por la realización inmediata, sino por haberlo realizado mediante otro que ha sido utilizado como instrumento³.

Dentro de los casos de autoría mediata, la Corte destaca la dirección del instrumento doloso a través de un aparato organizado de poder⁴. Para ello se centra en el carácter fungible del ejecutor, quien actúa de manera completamente responsable, pero es una persona sustituible arbitrariamente por el autor mediato⁵. En atención a la política de represión generalizada realizada por la dictadura militar, la Corte considera que la ejecución de esa política en la zona sur de Santiago le correspondió a la Subcomisaría de Carabineros de La Granja, cuyos responsables jerárquicos y, por tanto, quienes emitieron todas las órdenes correspondientes, fueron O. y B.

En tal sentido, la Corte plantea que los condenados no están respondiendo por su inactividad o pasividad, sino por una conducta positiva de implementar

² Corte Suprema (11/01/2023), rol N° 27791-2019, cons. séptimo.

³ Corte Suprema (11/01/2023), rol N° 27791-2019, cons. octavo.

⁴ Mismo argumento se utiliza en la condena contra Manuel Contreras por el asesinato de Orlando Letelier (Corte Suprema, 12/11/1993, *Fallos del Mes*, año XXXV (1993), sección criminal) analizado en detalle en GUZMÁN DALBORA, José Luis. “El caso chileno”, en Ambos (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, 2^a edición, Temis (2009), passim.

⁵ Corte Suprema (11/01/2023), rol N° 27791-2019, cons. 9^o.

una política nacional de represión en el ámbito local⁶. Eso se traduce en una autoría mediata por dirección del instrumento doloso a través de un aparato organizado de poder, en donde el concreto ejecutor de los delitos deviene en irrelevante y el foco está puesto en el superior jerárquico que domina la organización delictiva.

En definitiva, y tomando en cuenta los argumentos esbozados, la Corte Suprema rechaza los recursos de casación y confirma la sentencia condenatoria.

III. NOTAS SOBRE LA AUTORÍA MEDIATA POR APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

a) Como argumento principal para rechazar los recursos en contra de la condena, la Corte Suprema recurre al concepto de “autoría mediata por dirección de instrumento doloso a través de un aparato organizado de poder”. Sin embargo, la Corte no profundiza sobre sus presupuestos y, más importante, sobre su carácter excepcional en la discusión especializada.

Empecemos entonces con una breve explicación de la autoría mediata en términos generales. Esta forma de autoría se caracteriza por la intervención de dos personas: la “persona de adelante” que comete directamente el delito, pero tiene un déficit jurídico-penalmente relevante, y la “persona de atrás” que crea o se aprovecha de tal déficit y, por tal razón, es reputado como el principal responsable por la comisión del delito, a pesar de no ejecutarlo de propia mano⁷. Por ello, en muchas legislaciones comparadas, la autoría mediata se define como “cometer un delito usando a otro”⁸.

Vale la pena plantear el ejemplo básico de autoría mediata: con el objetivo de eliminar a su enemigo P, el médico M le entrega una jeringa con veneno a la enfermera E y le pide que se la inyecte al paciente P; E lo hace asumiendo que la jeringa contiene el medicamento que P necesita; P muere. En este caso, E ha cometido el homicidio de propia mano, pues ha inyectado veneno a una

⁶ *Ibid.*, cons. 13º.

⁷ Para un análisis detallado de la estructura de la autoría mediata, véase MAÑALICH, Juan Pablo. “La estructura de la autoría mediata”, en *Revista de Derecho PUCV*, vol. XXXIV (2010), pp. 390 y ss.

⁸ Por ejemplo, el Código Penal Federal de México: “Artículo 13. Son autores o partícipes del delito: [...] IV. Los que lo llevan a cabo sirviéndose de otro”, el Código Penal de Colombia: “Artículo 29. Autores. Es autor quien realiza la conducta punible o utilizando a otro como instrumento” o el Código Penal de Alemania: “§ 25. Autoría. Será castigado como autor quien comete el delito por sí mismo o mediante otro”.

persona. Sin embargo, E se encuentra en un error de tipo, pues desconoce que el contenido de la jeringa es tóxico, de modo que no se le puede imputar el homicidio a título de dolo⁹. De tal modo, nos podemos preguntar si alguna otra persona puede responder como autor por el hecho. Y, tomando en cuenta que M ha creado directa y dolosamente el error en E, podemos atribuirle el homicidio como autor (mediato).

Esto implica que, en la opinión unánime de la dogmática, la autoría mediata requiere que el instrumento actúe bajo un defecto jurídico-penalmente relevante, cualesquiera que sea. Nadie rechazaría una autoría mediata en estos términos. Esto se conoce en la discusión como “principio de responsabilidad”¹⁰.

El principal debate al respecto consiste en si es posible reconocer excepciones al principio de responsabilidad y, en caso afirmativo, en qué grupos de casos se justifica esa excepción. Esto es lo que se conoce como casos de “autor detrás del autor”. Es decir, se discute si podía reconocerse autoría mediata de la persona de atrás cuando la persona de adelante no presenta un déficit jurídico-penalmente relevante y, por ende, es autor directo del delito en cuestión.

b) Ahora bien, la relevancia de la teoría del dominio del hecho para la explicación de la intervención delictiva también se ha expresado en la fundamentación de la autoría mediata: autor mediato es quien domina la voluntad del instrumento y, por lo tanto, es la figura principal en la realización delictiva, lo que justifica entenderlo como principal responsable de los hechos, esto es, como autor¹¹. Este dominio de la voluntad puede darse mediante coacción, mediante error o en virtud de una organización. En otras palabras: si la persona de atrás coacciona a la persona de adelante para que cometa un delito, si la persona de atrás engaña a la persona de adelante para que cometa un delito –en el ejemplo: M engaña a E para que cometa el homicidio– o si la persona de atrás utiliza una organización en la comisión de un delito, entonces el autor del delito será la persona de atrás.

A diferencia de la comprensión tradicional de la autoría mediata, la teoría del dominio del hecho no entiende al principio de responsabilidad como un límite básico de la autoría mediata, pues sólo lo aplica a los casos de dominio

⁹ Si se considera que el error de tipo es vencible, entonces queda abierta la posibilidad de imputarle a E un homicidio imprudente. Esto no afecta la estructura básica de la autoría mediata, pues un error de tipo vencible sigue siendo un déficit de responsabilidad jurídico-penalmente relevante.

¹⁰ Al respecto, MAÑALICH, Juan Pablo, ob. cit., pp. 396 y ss.

¹¹ Al respecto, REYES, Italo. “Contra la autoría mediata por dominio de la organización”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 28 (2018), pp. 111 y s.

por coacción¹². En el ámbito del dominio por error y por organización, la teoría del dominio del hecho acepta casos de “autor detrás del autor”.

c) El origen y fundamentación de la autoría mediata por aparatos organizados de poder está asociado a *Claus Roxin*, quien en un importante artículo en el año 1963 sienta las bases de la figura usando como ejemplo el proceso judicial contra el nazi Adolf Eichmann¹³. La idea general es que, en determinados casos de domino de una organización criminal, el superior jerárquico que ordena la comisión de un delito tiene la seguridad de que este será cometido por alguno de los subordinados. De tal manera, la instigación o complicidad no darían cuenta adecuadamente del injusto de tal comportamiento.

Por lo tanto, quien da la orden tiene a su disposición el aparato organizado, el cual opera de manera completamente independiente a sus integrantes¹⁴. Metafóricamente hablando, el superior jerárquico oprime un botón y su orden es cumplida de manera automática por la organización, la que funciona como una máquina. Incluso si uno de los subordinados decide no cumplir con la orden, la fortaleza de la organización asegura que otro subordinado intervendrá y cumplirá la orden en los mismos términos. De tal forma, el autor directo que efectivamente ejecuta la orden y comete el delito es solo una rueda intercambiable en el aparato de poder¹⁵.

De ahí que, según Roxin, el presupuesto fundamental para la autoría mediata por dominio de la organización recae en la *fungibilidad de los ejecutores*. Es decir, el superior jerárquico puede intercambiar a voluntad a sus subordinados con la finalidad de que su orden sea ejecutada. Que exista una variedad de personas potenciales para cumplir la orden neutraliza, en la práctica, la posibilidad de fracaso de la orden. La persona de atrás utiliza a la organización como una herramienta, pues el cumplimiento de la orden opera de manera casi automática. Por tal razón, no se justificaría imputarlo solo como partícipe, pues es el principal responsable del hecho delictivo. Fundamental es señalar que la fungibilidad se observa asumiendo una perspectiva amplia de la organización, lo cual permite ver cualquier fracaso en el cumplimiento de la orden

¹² ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9^a ed. Berlín: DE GRUYTER (2015), pp. 725 y ss.

¹³ ROXIN, Claus. “Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate”, en *Golddammer's Archiv für Strafrecht* (1963), p. 202.

¹⁴ ROTSCHE, Thomas. “Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 112, Nº 3 (2000), p. 521.

¹⁵ ROXIN, Claus. “Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate”, ob. cit., p. 245.

como enteramente momentáneo, pues el aparato asegura que otro subordinado terminará ejecutando la orden.

d) Adicionalmente a la fungibilidad de los ejecutores, Roxin también identifica –por lo menos– otros dos requisitos para afirmar la autoría mediata por dominio de la organización. Por un lado, la persona de atrás debe actuar dentro de una organización jerárquica y tener autoridad dentro de ella¹⁶. La complejidad estructural de la organización entregará suficiente dominio al superior jerárquico asegurando que su orden criminal será seguida, de tal manera que organizaciones menos complejas quedan excluidas de esta forma de autoría.

Por el otro lado, el aparato debe ubicarse fuera del ordenamiento jurídico¹⁷. Pues, ordenar la comisión de un delito dentro de una organización respetuosa con el derecho no puede considerarse como una conducta de la organización, sino en contra de ella. En este caso, si el subordinado cumple la orden delictiva, solo el superior jerárquico será responsable (como instigador), pero no tendrá al aparato a su disposición, de manera que no podría configurarse autoría mediata. Solo una organización contraria al ordenamiento jurídico puede ser utilizada por el superior jerárquico para el cumplimiento de sus deseos criminales.

Ambos requisitos han sido interpretados de manera más laxa con el tiempo. Específicamente, un sector de la doctrina critica que estos requisitos no se deriven del fundamento de la autoría mediata por dominio de la organización, de manera que solamente pretenden limitar infructuosa y arbitrariamente la extensión de la figura¹⁸. Por lo tanto, también se ha reconocido autoría mediata en casos en donde no existe una estructura jerárquica totalmente definida o en casos en que la organización se desempeña dentro del marco jurídico.

e) En general, se plantean tres clases de organización en las cuales puede reconocerse esta forma de autoría. El principal caso es el de aparatos de poder estatalmente organizados para la comisión de delitos. Por ejemplo, estados totalitarios o dictaduras que crean servicios secretos –usualmente dentro de las fuerzas armadas– para cometer crímenes contra opositores políticos. Aquí se observan con claridad cada uno de los presupuestos planteados por Roxin, pues la organización es jerárquica, alejada del derecho y tiene a su disposición un número importante de subordinados que cumplirán las órdenes de los

¹⁶ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, ob. cit., p. 739.

¹⁷ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, ob. cit., p. 739.

¹⁸ AMBOS, Kai. “Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate”, en Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (1998), p. 245, ROTSCH, ob. cit., p. 534.

superiores. El perfecto ejemplo de esta clase de organización es la DINA en el marco de la dictadura de Pinochet.

En segundo lugar, se identifican aparatos no estatales alejados del derecho, los cuales no se caracterizan por una jerarquía rígida y formal, sino más bien por la asunción de una finalidad contraria al ordenamiento jurídico-penal. Por ejemplo, los carteles de droga o las mafias, en donde se dan relaciones de poder de manera informal, pero igualmente existe una estructura suficiente que permite señalar que los jefes tienen control de toda la organización.

El caso más complejo es el de organizaciones no estatales que usualmente actúan dentro del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, empresas que se dedican a una finalidad legítima, pero se comete algún delito en el marco de tales funciones. Aquí obviamente no se respeta el requisito de alejamiento del derecho, pero en determinados casos se ha observado una complejidad estructural de tal nivel por parte de los directivos que asegura que una orden criminal será cumplida por alguno de los trabajadores de la empresa. En este sentido, se satisfaría el presupuesto de la autoría mediata por dominio de la organización y habría que entender a ese directivo como autor mediato del delito cometido por el subordinado.

IV. PROBLEMAS DE ESTA FORMA DE AUTORÍA

La autoría mediata por dominio de la organización es sumamente controversial en la discusión especializada. Esto implica que existen muchos autores que la rechazan tajantemente, mientras otros sólo la aceptan con restricciones. En este artículo, no hay espacio para fundamentar en detalle un rechazo a la figura¹⁹, pero sí deben señalarse algunos de sus problemas más relevantes.

a) La fungibilidad de los ejecutores dentro de un aparato organizado de poder implica que el superior jerárquico puede estar seguro que su orden delictiva será cumplida, pues si cualquiera de ellos rechaza la orden, otro subordinado la terminará ejecutando. Por lo tanto, la teoría del dominio de la organización cuenta con que un ejecutor puede rechazar el cumplimiento de la orden, pero que ello no resultaría problemático para la afirmación de la autoría del superior.

Sin embargo, si se asume que puede incumplirse la orden por parte del ejecutor, entonces implícitamente se está diciendo que tal ejecutor es completamente libre para decidir si realiza o no el delito ordenado por el superior

¹⁹ Para ello, véase REYES, Italo. “Contra la autoría mediata por dominio de la organización”, ob. cit., *passim*.

jerárquico²⁰. Entonces, surge la siguiente pregunta: si el ejecutor es libre en el momento relevante, ¿cómo puede afirmarse que el superior jerárquico lo instrumentaliza para cometer el delito? Si el ejecutor siempre puede negarse a cumplir la orden, entonces no queda claro en qué sentido el superior jerárquico controla la organización para que el delito sea cometido.

Esta situación es totalmente incomparable con otros casos de autoría mediata, en donde la persona de atrás genera o se aprovecha de un defecto de responsabilidad de la persona de adelante instrumentalizándola para que realice el delito. Quien obliga a otro o lo engaña para cometer un delito efectivamente lo está instrumentalizando, pues –literalmente– lo usa como un instrumento humano para que el delito sea cometido. En estos casos, la persona de adelante carece de libertad para decidir sobre la realización del delito, pues o bien es forzada a su comisión o bien desconoce los elementos relevantes.

En el caso del subordinado que recibe la orden de cometer un delito, mantiene su libertad de decisión. De tal manera, parece extraño decir que el superior lo utiliza para cometer un delito, cuando el subordinado decide libremente ejecutarlo. Obviamente, esto no quiere decir que el superior jerárquico no tenga responsabilidad, sino que ella más bien se asimila a la persona que le paga a otra para que cometa un delito, es decir, un caso indiscutible de instigación.

b) Asumir que el superior jerárquico es el principal responsable del delito cometido por un subordinado descansa en la idea de que, en virtud de la densidad de la organización, el primero puede confiar en que su orden será efectivamente cumplida. No obstante, este criterio de aseguramiento del resultado como presupuesto de autoría mediata se aparta nuevamente de la fundamentación de otros casos supuestamente equivalentes.

Por ejemplo, si comparamos el caso de una persona que le solicita a un ladrón profesional que robe un producto de una tienda con el caso de una persona que le solicita a su hijo de 6 años que robe el mismo producto, es evidente que el resultado es mucho más seguro en el primer caso. Pero de ello no se deriva que el solicitante del primer caso sea autor mediato, sino solo instigador del delito de hurto. Esta comparación muestra que la autoría mediata no se basa en que el resultado sea más o menos seguro, sino en la instrumentalización de otra persona para cometer un delito mediante la creación o abuso de un defecto de responsabilidad jurídico-penal²¹. En el segundo caso, el padre instrumentaliza a su hijo, pues se aprovecha de su incapacidad de culpabilidad para que cometa

²⁰ Con más detalles, REYES, Italo. “Contra la autoría mediata por dominio de la organización”, ob. cit., pp. 126 y ss. En el mismo sentido, GUZMÁN DALBORA, José Luis, ob. cit., p. 81.

²¹ REYES, Italo. “Contra la autoría mediata por dominio de la organización”, ob. cit., p. 127.

el delito. Que sea más o menos seguro el resultado típico no juega un rol en la determinación de la autoría del sujeto.

c) La fungibilidad de los ejecutores obliga a asumir una perspectiva completamente distanciada del caso concreto, lo cual se aleja de la manera en que se determina la responsabilidad jurídica-penal, esto es, en atención a un hecho concreto en un momento y lugar determinados. Esto resulta problemático en dos sentidos.

Por un lado, en un sentido práctico: es altamente probable que la orden criminal del superior jerárquico no pueda ser cumplida si el subordinado se niega a ejecutarla. Incluso aunque otro subordinado esté dispuesto a cumplir la orden, la finalidad del superior jerárquico resultará fracasada en la práctica.

Por ejemplo, el primer caso de reconocimiento de la autoría mediata por aparatos organizados de poder en Alemania estableció la condena de las autoridades del Consejo de Defensa de la antigua Alemania Oriental. Ellos ordenaron que los soldados vigilantes del muro de Berlín impidieran de cualquier manera la huida de personas a Alemania Occidental. Esto significó que los soldados asesinaran a varias personas, de manera que esos homicidios se atribuyeron a los miembros del consejo como autores mediatos al tener dominio de la organización criminal²². Ahora bien, respecto del criterio de la fungibilidad, es evidente observar que, si alguno de esos soldados incumplía la orden y omitía disparar a quienes huían, era imposible en la práctica cumplir con tal orden, pues la persona hubiese efectivamente huido. Es cierto que el ejército alemán hubiese podido poner a otro soldado que estuviese dispuesto a cometer el homicidio, pero esa huida en concreto ya no era posible de evitar.

Por el otro lado, en un sentido teórico: el dominio de la organización justifica la autoría del superior jerárquico considerando que el hecho delictivo será ejecutado a futuro por otro subordinado. Sin embargo, ello implica que ya no se está hablando específicamente del hecho original, sino de una eventual realización futura e hipotética del mismo delito.

Asumamos que el subordinado A recibe la orden del superior S de que cometa un asesinato. S será autor mediato de ese delito, pues esta organización asegura que, si A se desiste de cumplir la orden, el subordinado B cometerá el hecho igualmente. Sin embargo, B obviamente solo podrá cometer el delito en un momento futuro, esto es, estamos hablando de un hecho completamente distinto al que A hubiese realizado en un primer momento.

²² Para más detalles sobre el caso, véase REYES, Italo. “Contra la autoría mediata por dominio de la organización”, ob. cit., pp. 122 y ss.

La fundamentación de la autoría mediata del superior jerárquico parece descansar en la suposición de que un subordinado (distinto al original) podría cumplir la orden criminal en un momento futuro y desconocido²³. E incluso si ese subordinado se negase, la organización asegura que un tercer ejecutor va a cometer el delito en un momento aún posterior. Pero si ese tercer subordinado también se niega, es seguro que un cuarto cometerá el delito. Y así sucesivamente. Es decir, pareciera que la autoría mediata se basa en una mera hipótesis que puede nunca tener lugar en la práctica.

Esto es altamente problemático desde el punto de vista del principio de simultaneidad, es decir, que todos los elementos fundantes de la responsabilidad jurídica-penal tienen que configurarse en un momento determinado. Por el contrario, en los casos aparatos organizados de poder, la autoría mediata del superior jerárquico solo se basa en un hecho hipotético totalmente indeterminado.

d) En conclusión, recurrir a la fungibilidad como fundamento de esta forma de autoría mediata trae consigo numerosos problemas de determinación que parecen irresolubles para una teoría de intervención delictiva. En el fondo, la autoría mediata por dominio de la organización viene a difuminar la diferenciación entre la autoría y la participación, extendiendo la primera en desmedro de la segunda y acercándose a un –ya superado²⁴– concepto extensivo de autor.

V. SOLUCIÓN ALTERNATIVA: INDUCCIÓN

a) Si, en atención a los problemas teóricos y prácticos que se levantan contra la autoría mediata por dominio de la organización, parece preferible prescindir de esta figura, es necesario igualmente resolver los casos que dieron origen a esta teoría. Es decir, debe determinarse bajo qué título responde el superior jerárquico que, dentro de un contexto organizacional, ordena a un subordinado la comisión de un delito.

En mi opinión, la solución adecuada es considerar al superior jerárquico como instigador del delito en cuestión²⁵⁻²⁶. Lo primero que debe señalarse es

²³ REYES, Italo. “Contra la autoría mediata por dominio de la organización”, ob. cit., p. 129.

²⁴ Para más detalles, véase REYES, Italo. “Sistema de intervención delictiva y concepto de autor”, en *Revista En Letra Penal*, año VI, N° 10 (2020), pp. 132 y ss.

²⁵ En el mismo sentido, GUZMÁN DALBORA, José Luis, ob. cit., p. 83.

²⁶ Otros autores acuden a la solución de la coautoría. Véase por ejemplo JAKOBS, Günther. “Mittelbare Täterschaft bei uneingeschränkt verantwortlichem Tatmittler (Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Nationalen Verteidigungsrats der DDR für vorsätzliche

que esto en ningún caso significa que el superior jerárquico no será sancionado o que será sancionado con una pena excesivamente leve. Porque la mayoría de los ordenamientos jurídicos²⁷ aplica el mismo marco penal para autores y para instigadores: es en el ámbito de determinación de la pena en donde se hacen diferencias entre ambas clases de intervenientes. De tal modo, resulta totalmente plausible que, en un caso de organización delictiva, el superior jerárquico sea castigado como instigador y, al mismo tiempo, se le imponga una pena superior que la de los ejecutores. Ello dependerá de la valoración que realice el tribunal de la manera específica en que se cometió el delito, es decir, de los niveles de injusto y culpabilidad que el tribunal atribuya a los intervenientes.

b) En este sentido, es posible afirmar que el superior jerárquico debe ser sancionado como instigador, porque determina dolosamente a otro a que cometa un delito²⁸. El instigador interviene en el proceso mental del instigado en orden a persuadirlo para que cometa el delito. Esto lo hace responsable de manera accesoria, es decir, por haber posibilitado o fortalecido la decisión delictiva del autor.

Para ello, la doctrina nacional ha desarrollado requisitos para el reconocimiento y punibilidad de la inducción. Tales requisitos se cumplen en los casos que nos interesan, es decir, cuando un superior jerárquico ordena a un subordinado que cometa un delito y este cumple la orden.

En primer lugar, el autor material del delito que es instigado debe ser suficientemente libre para decidir si cometer o no el delito²⁹. De lo contrario, estaríamos en el marco de la autoría mediata y no de la inducción. En nuestro caso, sabemos que el subordinado puede decidir autónomamente si cumple o no la orden de ejecutar el delito.

En segundo lugar, la instigación debe ser positiva y directa, esto es, no basta con no disuadir al que ya está considerando cometer el delito y –según la opinión mayoritaria– debe realizarse directamente sobre el autor (excluyéndose la “inducción en cadena”)³⁰. En nuestro caso, el superior jerárquico dicta

Tötungen von Flüchtlingen durch Grenzsoldaten der DDR)", en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (1995), pp. 26 y ss.

²⁷ Por ejemplo, los códigos penales de Alemania, México, España y Chile.

²⁸ Para más detalles, véase REYES, Italo. "Contra la autoría mediata por dominio de la organización", ob. cit., pp. 134 y ss.

²⁹ HERNÁNDEZ, Héctor. "Artículo 15", en COUSO y HERNÁNDEZ (dir.), *Código Penal comentado*. Santiago: Abeledo Perrot (2011), p. 409.

³⁰ *Ibid.*, pp. 409 y s.

una orden a un ejecutor para que cometa un delito, de modo que también se cumple el requisito.

En tercer lugar, la instigación debe ser determinada, de modo que debe apuntar a un delito determinado y a personas determinadas, pues no basta la mera invitación general a cometer delitos³¹. No es necesario que el inductor conozca precisamente al autor, pero sí debe dirigirse a alguien determinado. Esto es lo que ocurre precisamente en el caso del superior jerárquico, pues él dicta la orden para cometer un delito sabiendo que un subordinado determinado la ejecutará (aunque no sepa detalladamente su nombre).

En cuarto lugar, la instigación debe ser eficaz, pues debe efectivamente formar en el autor la voluntad de cometer un delito, pues el código penal chileno no castiga la tentativa de inducción³². En el caso del superior jerárquico, solo será responsable a título de tentativa si el subordinado al menos ingresa al estadio de tentativa del delito instigado. Si asumimos que el ejecutor cumple la orden criminal, entonces el requisito se ve satisfecho.

c) Como forma de participación, la inducción queda sujeta al principio de accesoriedad. Esto implica un reconocimiento a la diferenciación conceptual entre autoría y participación, de modo que la participación es una forma accesoria o secundaria a la autoría. Por lo tanto, el partícipe no es responsable por haber cometido un delito por sí mismo, sino por haber intervenido en el delito cometido por el autor. En el ejemplo más básico, si alguien ayuda intencionalmente a otra persona para que cometa un delito determinado, pero esa persona no hace nada, entonces no hay nada que imputarle al primero. En términos normativos, al autor se le imputa el delito como hecho propio, mientras que al partícipe se le imputa el delito como hecho ajeno.

La principal discusión práctica sobre el principio de accesoriedad recae sobre los requisitos que debe cumplir el hecho principal –o sea, el hecho del autor– para que se pueda configurar la participación. Hoy en día, la doctrina mayoritaria reconoce un *principio de accesoriedad limitada*, es decir, se exige que el hecho principal cometido por el autor sea típico y antijurídico (no así culpable)³³. Es decir, no se configurará inducción si el delito cometido por el autor está justificado por legítima defensa, pero sí se configura inducción si el hecho está exculpado por miedo insuperable.

³¹ *Ibid.*, p. 410.

³² *Ibid.*, pp. 410 y ss.

³³ HERNÁNDEZ, Héctor. “Artículo 14”, en COUSO Y HERNÁNDEZ (dir.), *Código Penal comentado*. Santiago: Abeledo Perrot (2011), p. 371.

Esto es muy importante, porque implica que no es necesario que se castigue al autor para que el inductor sea responsable. Sin embargo, sí es imprescindible que se cumplan con los requisitos de tipicidad y antijuridicidad para fundamentar la inducción. Ello supone mínimamente conocer quién y cómo se cometió el hecho principal. De tal manera, la queja de que no puede reconocerse inducción (o complicidad) porque no se ha condenado al autor no tiene asidero. Ya conceptualmente se acepta la posibilidad de castigar al partícipe aun cuando el autor no sea sancionado.

VI. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

a) Como revisamos en el punto III, la doctrina ha desarrollado presupuestos para reconocer una autoría mediata por dominio de la organización. Respecto de tales presupuestos, la sentencia de la Corte Suprema se refiere muy brevemente a ellos en el considerando décimo cuarto. Vale la pena analizar con mayor detalle los argumentos planteados.

En el primer párrafo, la sentencia se enfoca en que la autoría mediata no solo opera para “el jefe máximo de una organización criminal, sino todo aquel que en el ámbito de la jerarquía transmite la instrucción delictiva con poder de mando autónomo”³⁴. Es decir, la Corte Suprema asume de partida que la autoría mediata está justificada para los cargos directivos máximos, centrándose en argumentar que también los jefes intermedios pueden entenderse como autores mediatos. Esto parece problemático, pues la figura no está establecida legalmente y existe discusión jurisprudencial y dogmática sobre su pertinencia. Al menos, la Corte debió fundamentar de mejor manera su postura.

El segundo párrafo resulta más interesante, porque señala que el concreto ejecutor del homicidio deviene en irrelevante, pues “no es más que una pieza fungible de este aparato organizativo, [...] circunstancia que demuestra el dominio del hecho que posee el autor mediato”³⁵. Aquí la Corte apunta al requisito de fungibilidad de los ejecutores para fundamentar la autoría mediata de los acusados. Importante hubiese sido que la Corte detallara cuántos efectivos tenía a disposición la unidad, pues de ello depende su intercambiabilidad. La fungibilidad no debe analizarse en términos teóricos –¿cuántos sujetos podría tener a disposición la organización?– sino en términos eminentemente prácticos –¿cuántos sujetos tuvo a disposición la organización en el tiempo y lugar determinados?–.

³⁴ Corte Suprema (11/01/2023), rol N° 27791-2019, cons. 14º.

³⁵ Idem.

Finalmente, en el tercer párrafo, la Corte muestra una confusión de conceptos de intervención delictiva. Expresamente: “Por ello, la opinión mayoritaria se decanta por atribuirle al ‘hombre deatrás’ solo la calidad de inductor, tal como lo hace la sentencia recurrida que encasilla la participación del recurrente en el N° 2 del artículo 15 del Código Penal”³⁶.

Según la doctrina nacional y comparada, es fundamental distinguir con claridad entre el autor mediato y el inductor, pues el primero es una forma de autoría y el segundo una forma de participación. Es decir, autor es el principal responsable por un delito y partícipe es un responsable accesorio a la responsabilidad del autor. El decimonónico Código penal no reconoce con claridad esta distinción, de modo que la doctrina chilena ha reconocido interpretativamente ambas figuras en el art. 15 N° 2 (“los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo”). Esto no es problemático –pues la decisión penológica es prerrogativa del legislador– mientras se entienda que se está hablando de figuras diferentes con requisitos diferentes.

En mi opinión, la Corte confunde ambos conceptos, pues si –como el extracto señala– sólo les atribuye la calidad de inductor a los condenados, entonces les estaría negando la calidad de autor mediato, que es exactamente lo contrario a lo que intenta fundamentar en la sentencia. Esta confusión es muy importante, pues la inducción –no así la autoría– queda sometida al principio de accesoriedad, de modo que existen otros requisitos que deben configurarse para reconocer responsabilidad penal.

b) Como parece claro, la sentencia no se refiere con detalle a los requisitos que se han sostenido en la doctrina para fundamentar la autoría mediata por aparatos organizados de poder. En opinión de la Corte, pareciera que solamente referirse a la figura implica su afirmación justificada en el caso.

Si se analizan los presupuestos planteados por la doctrina, los elementos de estructura de la organización y de alejamiento del derecho pueden ser defendidos razonablemente. La unidad policial opera bajo un sistema jerarquizado en el cual los condenados O. y B. asumían los roles de superiores jerárquicos, en virtud de los cuales estaban habilitados para dar órdenes a sus subordinados. Asimismo, esta unidad policial operó en el contexto de los primeros días de la dictadura militar, la cual era, en términos generales y concretos, totalmente antijurídica. A eso hay que sumarle que la dictadura comenzó a realizar violaciones contra los derechos humanos de sus opositores políticos, de manera que la contradicción del derecho de esta organización criminal es evidente.

³⁶ Corte Suprema (11/01/2023), rol N° 27791-2019, cons. 14º.

El problema parece encontrarse en el requisito de la fungibilidad de los ejecutores. La sentencia no es completamente explícita al respecto, pero es sensato pensar que la unidad policial respectiva contaba con un número limitado de carabineros para ejecutar las órdenes de los superiores. Esto atenta directamente contra la idea básica del dominio de la organización, pues, en caso de que alguno de los subordinados se negase a cumplir la orden, no existiría intercambiabilidad entre ellos que asegurase que la misma sea efectivamente cumplida. Por lo tanto, no sería posible asumir que los condenados O. y B. podían confiar sin problemas en que su orden criminal fuera seguida, ya que el número limitado de subordinados la haría fracasar en caso de negativa.

Bajo esta perspectiva, incluso sin considerar los problemas teóricos de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, habría que rechazar la aplicación de la figura al caso concreto.

c) Entonces ahora es necesario establecer la responsabilidad de los condenados O. y B. desde la solución alternativa ya planteada, a saber, que ambos son inductores de los delitos cometidos por sus subordinados. En su posición de superiores jerárquicos, O. y B. determinaron a los ejecutores directos a la comisión del homicidio.

Ante tal propuesta, surgen tres problemáticas que deben ser enfrentadas y que explicaremos brevemente a continuación. Cada una de ellas involucra temáticas más amplias, cuyo análisis completo escapa al objetivo de este comentario. Aquí solo se señalarán algunos apuntes.

En primer lugar, la sentencia no lo explicita con claridad, pero pareciera que los ejecutores directos del homicidio contra la víctima no fueron condenados por el delito respectivo. Como mencionamos más arriba, no es requisito de la inducción que los inducidos hayan sido condenados por el delito, pero sí se requiere que esa acción sea típica y antijurídica. Por lo tanto, es necesario conocer la identidad y la manera en que los subordinados cometieron el homicidio. Esa información debe incluirse en la documentación de la causa, con el objetivo de satisfacer los requisitos del principio de accesoriedad (limitada).

Esto no resulta un impedimento para establecer la responsabilidad de O. y B. como superiores jerárquicos, pues es información que con toda seguridad está documentada. Pero sí es una exigencia de fundamentación de la sentencia que necesita ser atendida para que la responsabilidad de los condenados esté bien asentada.

d) En segundo lugar, hasta aquí no nos hemos referido en detalle a la forma de actuación de los condenados. Pues la sentencia no alude a un comportamiento activo de su parte, sino a la omisión de los controles necesarios para impedir que los subordinados cometiesen el homicidio. Está suficientemente

justificado que los condenados O. y B. no cumplieron con la vigilancia requerida a sus subordinados, lo que califica como una omisión.

Esto complejiza la atribución de responsabilidad, porque usualmente la investigación se realiza mediante una conducta activa: pagarle a un sicario, impartir una orden criminal, convencer a otro a que cometa un delito. Sin embargo, esto no implica que no puedan presentarse casos de inducción por omisión³⁷. El requisito básico es que los condenados sean garantes del impedimento del resultado. Sin entrar en demasiada discusión al respecto, no hay dudas de que los condenados O. y B. tenían una posición de garante sobre el impedimento del resultado al ser los superiores jerárquicos, quienes tienen deberes de vigilancia y supervisión sobre la actuación de sus subordinados.

Un segundo requisito de la punibilidad de la conducta omisiva es la equivalencia material entre la omisión que realizaron los condenados y la conducta activa respectiva. Aquí es posible observar mayor dificultad en la argumentación, pero es fundamental atender al contexto exacto de actuación. Lamentablemente la sentencia no entra en detalles, pero debe tomarse en cuenta que los hechos analizados se realizaron al inicio de la dictadura militar, en donde las fuerzas de seguridad estaban arrestando y ejecutando a numerosos opositores políticos al régimen. De ahí que la ausencia de control y supervigilancia suficiente a los subordinados puede entenderse como materialmente equivalente a una influencia activa en la decisión de los policías para cometer el homicidio.

Evidentemente esto no es fácil de fundamentar, pero la sentencia debió entrar en esta discusión. No hay dudas que el actuar de O. y B. fue incorrecto al no controlar adecuadamente a sus subordinados, pero de ello no se deriva automáticamente que son responsables por las acciones que estos subordinados realizaron. Aquí no se está imputando una infracción de los deberes jerárquicos de los encargados de un retén –de lo cual no hay duda que son responsables– sino que se les está imputando la comisión de un homicidio cometido por sus subordinados. Es necesario que la sentencia fundamente con precisión el vínculo normativo entre la omisión de los condenados y la comisión del homicidio por los subordinados.

Por último, debe señalarse que el argumento de la sentencia de que aquí no se estaría imputando una omisión, sino una acción de “implementación de política nacional de represión”³⁸ parece difícil de aceptar respecto del caso

³⁷ Véase KINDHÄUSER, Urs y ZIMMERMANN, Till. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 9^a ed. Baden-Baden: Nomos (2019), pp. 388 y s.

³⁸ Corte Suprema (11/01/2023), rol N° 27791-2019, cons. decimotercero.

específico en atención a tres razones. Primero, la sentencia no plantea evidencias que den cuenta de que los condenados intervinieron en esta implementación. Segundo, la atribución de la implementación de la política represiva sería evidente respecto de autoridades relevantes de la organización criminal, pero aquí nos topamos solamente con mandos medios, lo que hace más difícil acreditar tal elemento. Tercero, en atención a lo planteado en la sentencia, la víctima no fue asesinada por motivos políticos. En ese sentido, parece más razonable enfocarse en la omisión de los condenados en orden a establecer su responsabilidad jurídico-penal. En cualquier caso, el enfoque activo que asume la sentencia debió ser justificado de mejor manera y con mayores pruebas.

e) Un tercer aspecto problemático, que la sentencia tampoco analiza suficientemente, es si los condenados O. y B. responden a título de dolo o de imprudencia. La sentencia simplemente afirma que son responsables por un homicidio doloso en base a la infracción de los deberes de vigilancia y control, pero no profundiza en cuál sería la relación entre el incumplimiento de esos deberes y el dolo planteado.

En el caso de la inducción, la doctrina mayoritaria exige un, así llamado, “doble dolo”³⁹. Esto es, dolo respecto de la propia conducta de instigación y dolo respecto del hecho principal. Por lo tanto, es necesario que los condenados hayan sabido que su comportamiento (omisivo) significaba una influencia para que los subordinados cometiesen un delito y, además, hayan sabido que esos subordinados cometerían un homicidio. Obviamente, no es necesario que el inductor conozca todos los detalles del hecho que ejecutará el autor, pero sí debe conocer en general los contornos de su propia conducta y del hecho instigado.

En este caso, la fundamentación del dolo es difícil, pero plausible tomando en cuenta el contexto preciso de actuación en el marco de la dictadura militar. La ausencia de cualquier control a los subordinados en las primeras semanas de la grave represión militar podría suponer el conocimiento de que ellos podrían cometer, con una probabilidad cierta, un homicidio. El problema es eso no puede darse por sentado y nuevamente la sentencia omite cualquier referencia relevante al respecto.

De descartarse el dolo, sería posible afirmar una inducción imprudente, pues claramente se infringieron deberes de cuidado relativos a la posición de superior jerárquico, este es, el deber de controlar y vigilar el comportamiento de los subordinados. No obstante, la doctrina mayoritaria chilena asume un

³⁹ Ibíd., pp. 389 y s.

concepto unitario en los delitos imprudentes⁴⁰, esto es, excluye la distinción entre autoría y participación. Por tal razón, O. y B. serían autores (a secas) de un homicidio imprudente.

VII. CONCLUSIONES

Toda sentencia que examine y sancione las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en el marco de la dictadura militar debe ser reconocida y valorada. Sin embargo, es necesario también exigir que esas condenas estén adecuadamente fundamentadas de acuerdo a los modernos estándares de la dogmática jurídica-penal. Así, no se deja espacio para falsas críticas que, en el fondo, solamente pretenden postergar el imprescindible castigo a los perpetradores, lo cual resulta fundamental para alcanzar la justicia no solo para las víctimas y sus familiares, sino para toda la sociedad.

En este caso, es posible apreciar que la sentencia tiene serios defectos de fundamentación. Más allá de la discusión teórica sobre la justificación de la autoría mediata por dominio de la organización, la sentencia debe argumentar suficientemente la configuración de sus presupuestos, pues ella implica una excepción a los principios básicos de la intervención delictiva. No puede resultar suficiente que la sentencia simplemente aluda a esta forma de autoría para entenderla por justificada; por el contrario, la sentencia debe explicar detalladamente las razones por las cuales aquí se configurarían los requisitos de la autoría mediata.

De la misma forma, las complejidades de atribución de responsabilidad deben ser problematizadas expresamente para defender adecuadamente una solución. No solo los problemas de intervención delictiva, sino también los problemas de omisión y de dolo deben ser enfrentados directamente y con suficientes argumentos con la finalidad de que la pena a los condenados sea comprensible y razonable bajo las máximas del derecho penal.

Finalmente, al momento de reconocer figuras dogmáticas comparadas que vienen a desafiar la construcción tradicional del delito, es fundamental atender a los riesgos que tal incorporación trae consigo. En el caso de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, el peligro de (re)caer en un concepto extensivo de autor y relativizar la distinción entre autoría y participación es sumamente alto. En países donde se ha adoptado, cada vez se exigen menos requisitos para la configuración de autoría mediata, de modo que cualquier intervención en el curso causal implica una responsabilidad a título de autoría

⁴⁰ HERNÁNDEZ, Héctor. “Artículo 14”, ob. cit., p. 368.

por los hechos. Por lo tanto, la jurisprudencia debe sopesar adecuadamente las ventajas y desventajas de la figura, especialmente cuando existen otras alternativas de solución que alcanzan un resultado enteramente equivalente y sin problemas teóricos relevantes.

4. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Homicidio calificado. Violaciones a los derechos humanos. I. Autoría mediata. Para los efectos de aplicación de la ley no hay diferencias en el nivel de responsabilidad del autor inmediato con el del mediato. II. Responsabilidad por conducta activa o positiva, implementación de una política nacional de represión en el ámbito local. Dirección del instrumento doloso a través de un aparato organizado de poder. III. Tratándose de delitos contra los derechos humanos, se ha considerado que en el caso de estructuras jerarquizadas, existe junto al autor ejecutor, un autor particular de la infracción internacional. IV. Improcedencia de aplicar la media prescripción tratándose de crímenes de lesa humanidad

HECHOS

Violaciones a los derechos humanos. La Corte Suprema rechaza los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos por la defensa de los condenados.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de Casación en la Forma y el Fondo (Rechazado)*

TRIBUNAL: *Corte Suprema Segunda Sala (Penal)*

ROL: *27791-2019, de 11 de enero de 2023*

MINISTROS: *Sr. Haroldo Brito C., Sr. Manuel Antonio Valderrama R., Sr. Jorge Dahm O., Sr. Leopoldo Llanos S. y Sr. Jean Pierre Matus A.*

DOCTRINA

Existen ciertos supuestos en que la imputación de la conducta de una persona puede hacerse directamente al tipo penal respectivo, pero no por su realización inmediata, sino por haberlo realizado mediante otro, que ha sido utilizado como instrumento de su obrar. Son los casos de la llamada autoría mediata,

que se encuentra mayoritariamente aceptada como categoría independiente de la inducción (que corresponde sólo a una forma de participación criminal en el hecho de otro). Por ello, para los efectos de aplicación de la ley, no hay diferencias en el nivel de responsabilidad del autor inmediato con el del mediato: ambos son autores, esto es, realizan el hecho punible, mediante una conducta directamente subsumible en el tipo penal. En efecto, tal como lo sostienen los autores Politoff, S., Matus, J., Ramírez, M. en su libro Lecciones de Derecho Penal chileno, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 402, “La diferencia radica únicamente en que el autor inmediato realiza la acción típica personalmente, mientras el mediato hace ejecutar el hecho mediante otro”. Entre los casos de autoría mediata se incluye la dirección del intermedio (“instrumento doloso”) a través de un aparato organizado de poder. El factor decisivo que funda esta autoría es la naturaleza absolutamente fungible o intercambiable del ejecutor quien, aunque actúe de manera libre y consciente, con plena culpabilidad, es para el individuo deatrás simplemente una persona anónima y sustituible a voluntad (considerandos 8º y 9º de la sentencia de la Corte Suprema).

A diferencia de lo argumentado por la defensa de A. B., la imputación que se realiza a su representado, no se edifica en sus omisiones, pasividad o inactividad, esto es, por no haber detenido e impedido que se siguieran cometiendo delitos por funcionarios bajo su mando y con medios materiales a cargo de su administración, pese a saber o no poder no saber que ello ocurría, sino que aquí se observa responsabilidad por una conducta activa o positiva, esto es, la implementación de una política nacional de represión en el ámbito local, para lo cual, se destina un grupo de personas a cargo de un sargento, se permite el uso de vehículos y armas a disposición de la unidad policial para ese efecto, y se supervisa diariamente su ejecución mediante los reportes diarios matutinos. Es en virtud de lo anterior, que la conducta de los jefes de la Subcomisaría de La Granja, –entre ellos el recurrente– a la época de los hechos, corresponde a la de autoría mediata por dirección del instrumento doloso a través de un aparato organizado de poder, pues autor mediato no sólo es el jefe máximo de una organización criminal, sino todo aquel que en el ámbito de la jerarquía transmite la instrucción delictiva con poder de mando autónomo, pudiendo ser autor incluso cuando él actúa por encargo de una instancia superior, formándose así una cadena de autores mediatos (Montoya, M. citado por Ríos, J.). Bajo estas circunstancias, el concreto ejecutor de la detención y muerte de las víctimas deviene en irrelevante para el autor mediato, pues aquél no es más que una pieza fungible de este aparato organizativo, en el cual ante la negativa u oposición de un funcionario policial para ejecutar el delito, puede ser sustituido fácilmente por alguno

de los tantos otros que integraban la unidad, circunstancia que demuestra el dominio del hecho que posee el autor mediato, en este caso, los jefes de la Subcomisaría de La Granja, entre estos, el recurrente A. B. (considerandos 13º y 14º de la sentencia de la Corte Suprema).

También conviene tener presente que tratándose de delitos contra los derechos humanos, la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales ha considerado que en el caso de estructuras jerarquizadas, como las militares, existe, junto al autor ejecutor, un autor particular de la infracción internacional, que es el superior jerárquico, forma de participación que emana de las órdenes que dio, estando comprometida su responsabilidad en calidad de superior jerárquico, y siempre que forme parte de la cadena de mando. Así lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, que ha señalado que los elementos constitutivos para la responsabilidad del superior provienen del art. 86 2 del Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra, además de otros instrumentos internacionales, siendo tales elementos: 1. La existencia de un vínculo de subordinación entre el ejecutor y el superior jerárquico; 2. El conocimiento o el conocimiento implícito del superior de que el crimen iba a ser cometido o era cometido o se había cometido. 3. La omisión por parte del superior de tomar las medidas necesarias y razonables para impedir la perpetración del crimen o para castigar al autor. En tal sentido, O. Y. y B. O. a la época de estos hechos estuvieron a cargo de la Subcomisaría de La Granja, tal como lo estableció el fundamento décimo tercero de la sentencia de primer grado, hecho suyo por la de segunda y, por ende, constituyeron ese eslabón imprescindible, para que esa política estatal de represión con un horizonte nacional se materializara en el ámbito local, lo que permite calificar su responsabilidad de autoría mediata, tal como lo hizo la sentencia impugnada (considerandos 15º y 16º de la sentencia de la Corte Suprema).

En cuanto a la causal del artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, por la que se denuncia la inaplicación de la rebaja prevista en el artículo 103 del Código Penal, esta será desestimada, al compartir la Corte lo razonado por el fallo en examen, debiendo nada más reiterarse que, dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de la prescripción total alcanza necesariamente a la parcial, puesto que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional tratándose de un delito de lesa humanidad como el de la especie, de manera que ninguno de tales institutos resulta aceptable, conforme se ha

sostenido por esta Corte reiteradamente (considerando 17º de la sentencia de la Corte Suprema).

Cita online: CL/JUR/513/2023

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 15, 103, 141, 391 N° 1 del Código Penal; artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal.*

EL AMOR FILIAL COMO FUERZA IRRESISTIBLE

FRANCISCO JAVIER BEDECARRATZ SCHOLZ*

Universidad Autónoma de Chile

I. ANTECEDENTES GENERALES DE LA RESOLUCIÓN Y PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

Con fecha 7 de agosto de 2023, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt dictó la sentencia definitiva en causa rol N° 125-2023, rechazando los recursos de nulidad interpuestos por las defensas de J.J.C.O. y de C.E.U.P. Tales habían sido deducidos en contra de la sentencia definitiva del 16 de diciembre de 2022, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique en la causa RIT N° 77-2022 y RUC N° 2100507381-K, y que había condenado al primero como autor de un delito consumado de revelación de secretos del artículo 38 de la Ley N° 20.000 y a la segunda como autora de dos idénticos delitos en grado de consumado. Dado el alcance de este análisis, el presente comentario se focalizará exclusivamente en la evaluación efectuada por la Corte acerca del recurso de nulidad planteado por el primero de los condenados, esto es, J.J.C.O.

Los hechos de la causa se encuadran en una investigación seguida ante el Juzgado de Garantía de Coyhaique por el delito de tráfico de drogas RIT N° 419-2019, RUC N° 1801059861-k, entre otros en contra del imputado J.A.C.V., quien es hijo del recurrente J.J.C.O. En dicha investigación, de carácter de reservada y preliminar, se decretó la medida intrusiva de interceptación telefónica en contra del imputado. En una fecha indeterminada pero previa al 3 de febrero de 2021, C.E.U.P., jueza titular del Juzgado de Garantía de Coyhaique, difundió y divulgó a su cónyuge J.J.C.O. la existencia de la causa RIT N° 419-2019 del citado tribunal. A partir de dicha revelación, entre el 27 de enero y el 3 de febrero de 2021, J.J.C.O. informó a su hijo J.A.C.V. la existencia de una investigación en su contra por el delito de tráfico de drogas,

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Autónoma de Chile (2009). Magister legum (2011) y Doctor iuris (2015) por la Philipps-Universität Marburg, Alemania. Profesor asociado de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Chile, Santiago, Chile. Contacto: francisco.bedeccarratz@uautonomia.cl.

indicándole además que su teléfono había sido objeto de interceptación. Esta revelación de información permitió que J.A.C.V. desechara el teléfono objeto de la interceptación el día 3 de febrero de 2021¹.

J.J.C.O. impetró como causal la contemplada en el artículo 373 lit. b), esto es, “cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”. Como fundamento de la causal, la parte recurrente argumentó que el tribunal debería haber aplicado la eximente de responsabilidad penal del artículo 10 N° 9 del Código Penal, que exime de toda pena a quienes actúan impulsados por una fuerza irresistible. En este sentido, J.J.C.O. sostuvo que su accionar tuvo por objeto proteger a su hijo, J.A.C.V., frente a las consecuencias negativas de una investigación penal por la Ley N° 20.000. Así, se vio impulsado por la fuerza moral irresistible propia de la figura paterna, orientada a evitar el perjuicio sufrido por un hijo. Luego, a juicio de la parte recurrente, se habría configurado un caso de inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho, incapaz de generarle responsabilidad penal.

Sin embargo, la Corte rechazó el planteamiento de la parte recurrente, compartiendo en su lugar el criterio del tribunal *a quo*, relativo a que la alegación no se ajusta a la naturaleza y características de la fuerza irresistible. A partir del análisis de los requisitos de procedencia de la eximente, la Corte sostuvo lo siguiente:

- a) El amor filial, si bien puede ser de naturaleza compulsiva, es un sentimiento intrínseco al ser humano y no una coacción externa que anule la capacidad de autodeterminación del sujeto. b) Dicho sentimiento, en sí mismo, no puede considerarse como una amenaza actual o inminente. La posible detención del hijo del imputado puede generar una preocupación legítima en este último, pero no constituye una coacción inminente que impida el libre ejercicio de su voluntad.
- c) Por último, la intensidad de este sentimiento, por más poderosa que pueda ser, no alcanza a constituir una fuerza irresistible en el sentido que establece el Código Penal. El sujeto, pese a la fuerza de sus sentimientos, mantiene su capacidad de autodeterminación y puede decidir no cometer un acto ilícito, lo que en el caso de marras no ocurrió².

¹ Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique (16/12/2022), RIT N° 77-2022, RUC N° 2100507381-K, considerando 9º.

² Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt (7/08/2023), rol N° 125-2023, considerando 5º. Ver también sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique (16/12/2022), RIT N° 77-2022, RUC N° 2100507381-K, considerando 24º, para el razonamiento del tribunal *a quo* en rechazo de la causal.

Este razonamiento en particular de la sentencia reviste interés en cuanto a la regulación de las relaciones de afecto filial en el ámbito penal y su aptitud para constituir una causal de fuerza irresistible según el artículo 10 N° 9 del Código Penal. En consideración a lo anterior, el presente trabajo se enfoca en el análisis y discusión acerca de dicha causal, desde la perspectiva de la dogmática penal tradicional.

II. LA FUERZA IRRESISTIBLE

La fuerza irresistible fue consagrada como eximente de responsabilidad penal en el texto original del Código Penal chileno de 1874, específicamente en el ya citado artículo 10 N° 9. Esta norma tomó por base los numerales 9 y 10 del artículo 8º del Código Penal español de 1848/1850, fusionando las eximentes de “fuerza irresistible” y el “miedo insuperable” en una misma disposición, siguiendo el modelo del Código Penal brasileño de la época.³ En la actualidad es posible encontrar normas similares en el artículo 34 N° 2 del Código Penal argentino, artículo 32 N° 8 del Código Penal colombiano y el artículo 20 N° 6 del Código Penal peruano, entre otros, aunque ha desaparecido del catálogo de eximentes previstas en el artículo 20 del Código Penal español de 1995.

La fuerza irresistible se ha conceptualizado como un “estímulo especialmente de origen interno, cuyo enjuiciamiento ético-social es análogo al del miedo, el afecto parental o el sentido de obediencia, el cual desencadena en el sujeto un estado grave de commoción psíquica, suficiente para alterar seriamente en un hombre razonable, perteneciente al mismo ámbito cultural y socioeconómico del autor, la capacidad de autodeterminación”⁴. En cuanto a su naturaleza, el Derecho conoce una distinción clásica entre la *vis absoluta* o fuerza física, caso en que la persona es un cuerpo sometido a la acción física de terceros o fenómenos naturales; y la *vis compulsiva*, también denominada fuerza psicológica o moral, referida a un estímulo interno o externo que repercute en la psiquis del sujeto con tal magnitud, que le obliga a realizar el hecho típico. A diferencia de la opinión predominante en España, que interpretaba la voz “fuerza” como referida únicamente a la física⁵, la doctrina chilena es relativa-

³ COMISIÓN REDACTORA. *Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno*. Santiago: Imprenta de la República de Jacinto Núñez (1873), p. 11.

⁴ CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, 11^a edición. Santiago: Ediciones Universidad Católica (2020), p. 697.

⁵ Dicha postura, que circunscribía el contenido de la causal a la *vis absoluta*, explica por qué la fuerza irresistible está ausente del catálogo de eximentes del artículo 20 del Código

mente conteste respecto de que el término empleado por la norma engloba a la fuerza moral o psicológica⁶.

En lo relativo a su incardinación en la estructura de la teoría del delito, existe un consenso relativamente generalizado en considerarla como una causal de inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho⁷, circunscribiendo sus efectos, por lo tanto, al ámbito de la culpabilidad. La ausencia de exigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho tiene su origen en la teoría normativa de la culpabilidad, que vincula la esencia de esta última con la valoración del proceso de formación de la voluntad y fundamenta el reproche penal en la posibilidad del hechor de obrar de modo distinto⁸. En este sentido, las circunstancias concomitantes al hecho deben ser significativamente anómalas, de modo tal que es imposible exigir jurídicamente un esfuerzo de autodeterminación al sujeto, de abstenerse de lesionar un bien jurídico relevante. Por el contrario, si el contexto en que se realiza la conducta antijurídica es tan anormal o fuera de lo común, que pueda concluirse que dicha conducta no ha sido expresión de la motivación de la persona, esta debe ser exculpada⁹.

III. RAZONAMIENTO DE LA CORTE Y COMENTARIO

Volviendo al caso en comento, la Corte resolvió que la causal de amor filial alegada por la recurrente no se ajustaba a la naturaleza y requisitos de la fuerza irresistible como eximente de responsabilidad penal. En dicho sentido, los

Penal español de 1995: ella constituye un caso genérico de inexistencia de acción, donde falta un requisito fundamental del delito.

⁶ Entre otros MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 2^a edición. Valencia: Tirant lo Blanch (2021), pp. 483 y ss.; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, 3^a edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1998), p. 348; GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte General*, tomo II, 3^a edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2003), p. 240; CURY URZÚA, ob. cit., p. 695. Para estos últimos dos autores en particular, el art. 10 N° 9 se refiere solamente a este último tipo, pues la existencia de fuerza absoluta constituye un caso de ausencia de acción, que jamás sería delito según el artículo 1º del Código Penal (p. 696).

⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “Comentario al art. 10 N° 9 del Código Penal”, en: COUSO SALAS, Jaime; HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (Dir.), *Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago: Abeledo Perrot-Legal Publishing (2011), p. 253.

⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5^a ed. Berlin: Duncker & Humblot (1996), p. 503, a propósito de una causal general de inexigibilidad en el Derecho alemán.

⁹ VAN WEEZEL, Alex. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile (2023), p. 404.

sentenciadores esgrimieron los siguientes tres argumentos: (1) esta carece el carácter de un impulso coactivo externo; (2) no tiene el carácter de actual o inminente; y (3) tampoco posee una intensidad tal que anulara la capacidad de autodeterminación del sujeto. Estos son los aspectos que se comentarán, en específico, a continuación.

1. Coacción externa

En la sentencia se razona que “[e]l amor filial, si bien puede ser de naturaleza compulsiva, es un sentimiento intrínseco al ser humano y no una coacción externa que anule la capacidad de autodeterminación del sujeto” (considerando 5º). En otras palabras, la Corte sostuvo que la fuerza en el sentido del artículo 10 N° 9 del Código Penal debe provenir de un estímulo externo al afectado en la forma de una coacción, quedando impulsos internos tales como emociones o sentimientos, por lo tanto, excluidos del efecto de la norma, aun cuando estos tengan naturaleza compulsiva.

La admisibilidad de factores internos o externos en la fuerza irresistible constituye una materia controvertida. El argumento manifestado en la sentencia encuentra eco en una parte minoritaria de la doctrina nacional, que ha interpretado que la fuerza a la que se refiere el artículo 10 N° 9 del Código Penal implicaría un estímulo de naturaleza externa o exógena¹⁰. Este razonamiento posee cierto asidero en la idea, que la afectación del proceso de formación de la voluntad sobre la base de factores endógenos espontáneos, que operan con absoluta prescindencia de estímulos externos, sería más propia de un examen de imputabilidad¹¹ que de la acción de una fuerza irresistible.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia nacional han reconocido un concepto amplio de fuerza, que abarca afectaciones al proceso de formación de la voluntad también por factores endógenos¹². Dicha postura encuentra asidero en la redacción amplia del artículo 10 N° 9, que no establece ninguna limitación directa acerca del origen del estímulo¹³. En consecuencia, en la eximente caben en primera línea coacciones de terceros,

¹⁰ Entre otros NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno. Parte general*, tomo I, 3^a edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2005), p. 268; VAN WEEZEL, Álex. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile (2023), pp. 405 y 406.

¹¹ Véase a HERNÁNDEZ BASUALTO, ob. cit., p. 247.

¹² Consultese literatura citada en HERNÁNDEZ BASUALTO, ob. cit., pp. 243-258, pp. 246-248.

¹³ MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN, ob. cit., p. 484.

así como estímulos de naturaleza psicológica que no quepan en el ámbito de aplicación de otras eximentes, tales como el artículo 10 N° 1 del Código Penal. Normalmente se entienden comprendidas dentro de la fuerza irresistible estímulos tales como el amor filial y el deber de obediencia, hipótesis que también son reconocidas por otras disposiciones penales, tales como el artículo 17 inciso final del Código Penal y el art. 335 del Código de Justicia Militar, respectivamente.

El único criterio restrictivo respecto del origen del estímulo se origina en una interpretación sistemática. Concretamente, el conjunto del ordenamiento jurídico establece que los estímulos no deben ser jurídicamente reprobables¹⁴. De hecho, el Código Penal contempla diversas clases de impulsos, sea como forma de participación punible (poseer interés pecuniario, artículo 17 inc. final) como agravantes (por ejemplo, el impulso sádico, artículo 12, circunstancia 4^a; el móvil discriminatorio, artículo 12, circunstancia 21^a) o bien los regula como meros atenuantes (por ejemplo, la provocación, artículo 11 circunstancia 3^a; la ofensa que conduce a la venganza, artículo 11 circunstancia 4^a; u otros estímulos poderosos tales como la ira, artículo 11 circunstancia 5^a). Todos estos casos quedan excluidos de la aplicación de la eximente, pues poseen una naturaleza análoga entre sus distintas clases y la ley les adscribe efectos diversos al de las eximentes.

Considerando lo expuesto, la sentencia revela una tensión entre la interpretación restrictiva de la fuerza irresistible, que excluye impulsos internos, y la doctrina mayoritaria, que aboga por una interpretación más flexible. Esta divergencia pone de relieve la necesidad de una interpretación que considere la complejidad de la naturaleza humana y sus influencias en la conducta delictiva. Lo anterior, pues la exclusión de factores internos como el amor filial del campo de aplicación de la fuerza irresistible, limita el alcance de esta eximente y excluye casos donde la capacidad de autodeterminación de sujeto está seriamente comprometida por influencias internas intensas, que pueden hacerle inexcusable un comportamiento apegado a la norma.

2. Actualidad o inminencia

A mayor abundamiento, la Corte considero en su sentencia lo siguiente: “Dicho sentimiento, en sí mismo, no puede considerarse como una amenaza

¹⁴ En este sentido CURY URZÚA, ob. cit., p. 698. Explícitamente MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN, ob. cit., p. 484.

actual o inminente. La posible detención del hijo del imputado puede generar una preocupación legítima en este último, pero no constituye una coacción inminente que impida el libre ejercicio de su voluntad¹⁵. En términos generales, la doctrina concuerda con que la fuerza no puede corresponder a costumbres, hábitos o educación adquirida, sino que de estímulos recibidos en un momento determinado y que tienen por consecuencia impulsos que no se pueden controlar¹⁶. Sin embargo, existen razones para afirmar que el amor filial puede asumir una naturaleza particular que merece ser considerada.

Desde la perspectiva de la biología evolutiva, el amor filial constituye un mecanismo adaptativo necesario para la supervivencia y transmisión de los genes. En este sentido, una conducta protectora de la descendencia constituye una estrategia evolutiva que incrementa las posibilidades de sobrevivencia de la siguiente generación, y de tal forma establece condiciones propicias para la transmisión subsecuente del material genético del progenitor. Concordantemente, los comportamientos que favorecen la supervivencia y la reproducción del acervo genético, lo cual abarca el cuidado de la descendencia, propician una selección natural del individuo respectivo en comparación con sus congéneres¹⁶.

Este instinto puede verse activado a partir de estímulos que tienen lugar en un momento dado, lo cual puede dar lugar a acciones protectoras típicas como respuesta. Tales no son producto de un proceso normal de formación de la voluntad, sino que se ven afectadas por el instinto de preservación de la descendencia en mayor o menor grado, dependiendo del grado de desarrollo individual de dicho instinto en el agente. A raíz de lo anterior, el amor filial puede ejercer un efecto profundo en la capacidad de autodeterminación de un sujeto. En situaciones donde un hijo o hija estén en riesgo o requieran apoyo, el padre o la madre pueden sentirse compelidos a actuar en modos que superan la racionalidad o incluso el instinto de autoconservación, llevando a decisiones que privilegian el bienestar de los hijos incluso en contra de sus propios intereses.

En el contexto del caso en comento, la noticia de una investigación penal en contra de un hijo puede constituir un estímulo actual suficiente como para activar dicho instinto y generar una afectación de la capacidad de autodeterminación. El sustento de lo anterior se encuentra en otra norma del Código

¹⁵ GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 242.

¹⁶ La literatura sobre este tema es extensa, abarcando desde “El Origen de las Especies” de Darwin hasta nuestros días. Para una referencia específica, véase DAWKINS, Richard. *The Selfish Gene*, 3^a edición. Oxford: Oxford University Press (2006).

Penal con efectos liberatorios: el artículo 17 inciso final. Los parientes están exentos de responsabilidad penal en calidad de encubridores, en una serie de hipótesis de favorecimiento personal o real de personas con quienes los ligan lazos de familia. Refuerza lo anterior el hecho, que todas las hipótesis tienen en común la finalidad de que el pariente se sustraiga a la acción de la justicia. La contra excepción contemplada en la parte final de la disposición, que excluye el aprovechamiento pecuniario, confirma el razonamiento apuntado. Como indica Etcheberry, “[l]a ley admite que los lazos del afecto conyugal y familiar determinan tan poderosamente a ayudar a estas personas, que el derecho no puede exigir que se las deje desamparadas”¹⁷.

3. Intensidad

Por último, la Corte estableció que “la intensidad de este sentimiento, por más poderosa que pueda ser, no alcanza a constituir una fuerza irresistible en el sentido que establece el Código Penal. El sujeto, pese a la fuerza de sus sentimientos, mantiene su capacidad de autodeterminación y puede decidir no cometer un acto ilícito, lo que en el caso de marras no ocurrió” (considerando 5º).

Respecto de su entidad, la norma utiliza la voz “irresistible”, lo cual implica un grado alto de afectación. Según Cury, se exige que la perturbación sea tan profunda que tenga la aptitud de reducir la capacidad de autodeterminación, hasta un límite que la persona media no podría superar¹⁸. Así, la fuerza se transforma en irresistible si el sujeto, para dominarla, debe desplegar un esfuerzo sobrehumano y por ende supererogatorio, esto es, que la ley penal no le puede exigir¹⁹. Lo anterior representa una limitación al ámbito de aplicación de la eximente y un resguardo frente a su uso inmoderado en la práctica.

El cumplimiento de este requisito en un caso específico constituye una cuestión de hecho, en relación con la cual se debe presentar prueba de descargo suficiente. Aquel que se vea afectado por una fuerza moral de carácter irresistible debe acreditarla fehacientemente y con la intensidad requerida por la norma para lograr los efectos de exculpación que esta establece. En cambio, si el agente no demuestra que actúa conforme a los preceptos de su conciencia, en el caso en estudio no manifiesta el amor que declara hacia sus seres queri-

¹⁷ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ob. cit., p. 108.

¹⁸ CURY URZÚA, ob. cit., p. 699. a

¹⁹ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ob. cit., pp. 349-350.

dos, entonces no podrá sostener que para él la fuerza de dichos mandatos es irresistible en el sentido del artículo 10 N° 9²⁰.

Luego, no es posible concordar aquí con el considerando transcripto, en el sentido que “la intensidad de este sentimiento, por más poderosa que pueda ser, no alcanza a constituir una fuerza irresistible”. Ello, pues se está asumiendo que el amor filial en ningún caso puede ser una fuerza ingobernable para las personas. Esta perspectiva no reconoce que el amor filial, de acuerdo con su intensidad en un caso concreto, puede provocar una compulsión comparable a la generada por amenazas externas, alterando profundamente y de modo irresistible el estado anímico del sujeto y su capacidad para tomar decisiones libres y autónomas.

III. CONCLUSIONES

La sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt, al rechazar los recursos de nulidad interpuestos, ha establecido un precedente que subraya una interpretación restrictiva de la eximente de responsabilidad penal de la fuerza irresistible prevista en el artículo 10 N° 9 del Código Penal, particularmente en lo que respecta a su naturaleza y características. Este enfoque, al considerar el amor filial como un sentimiento intrínseco incapaz de anular la capacidad de autodeterminación del sujeto, parece limitar el alcance de esta eximente, excluyendo casos donde influencias internas intensas, como el amor filial, podrían hacer inexcusable un comportamiento conforme a derecho.

La distinción entre estímulos internos y externos, y su relevancia para la configuración de la fuerza irresistible, constituye un punto central en la sentencia. Mientras que la Corte sostiene que la fuerza debe provenir de un estímulo externo, la doctrina mayoritaria y la práctica jurisprudencial han reconocido un concepto más amplio de fuerza, que incluye tanto estímulos internos como externos. Esta última perspectiva admite la posibilidad de que tales puedan generar, en circunstancias particulares, una compulsión de magnitud comparable a la ejercida por coacciones externas. Lo anterior se alinea con una interpretación más amplia del espectro de circunstancias que pueden influir en la capacidad de autodeterminación del individuo.

Finalmente, el principio de culpabilidad en el contexto del Derecho penal liberal tiene en su núcleo que sólo puede imponerse una pena a un sujeto si su

²⁰ Cfr. MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN, ob. cit., p. 485.

acción u omisión fue producto de una elección libre y consciente y contó con capacidad real de actuar de manera diferente. El reconocimiento de que el amor filial, dada su potencial compulsividad, puede influir sobre la capacidad de autodeterminación del individuo, elevándose en determinadas circunstancias al rango de fuerza irresistible, es fundamental para asegurar que el sistema penal solo atribuya responsabilidad a aquellos sujetos que, en efecto, disponían de la libertad real para alinear su conducta con las exigencias del ordenamiento jurídico. Este enfoque no solo se alinea con los lineamientos fundamentales del principio de culpabilidad, sino que también promueve un derecho penal más humano, ajustado a la complejidad de las motivaciones individuales y, por ende, justo.

5. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Delitos consumados de revelación de secretos. Ley N° 20.000. Eximente de responsabilidad criminal. Fuerza irresistible. Sentenciado sostiene que el amor filial constituye una fuerza irresistible que justifica la revelación de secreto en los términos sancionados por el artículo 38 de la Ley N° 20.000, pero dicha alegación no se ajusta a la naturaleza y características de la fuerza irresistible.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, condenó a la recurrente como autor de dos delitos consumados de revelación de secretos, previstos y sancionados en el artículo 38 de la Ley N° 20.000. Que en contra de la referida sentencia la condenada interpuso recurso de nulidad.

En vista de los antecedentes, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt rechaza el recurso.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de Nulidad (Rechazado)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Puerto Montt*

ROL: *125-2023, de 7 de agosto de 2023*

MINISTROS: *Sr. Darío Andres Parra S., Sr. Jaime Meza S., Sr. Patricio Rondini Fernández D.*

DOCTRINA

Recurrente sostiene que la sentencia recurrida incurre en errónea aplicación del derecho en lo siguiente: En lugar de ser absuelto, se ha dictado sentencia condenatoria en su contra, desconociendo la plena procedencia a su respecto, en relación a los hechos enjuiciados en el presente caso, de la eximente de responsabilidad criminal prevista en el artículo 10 N° 9 del Código Penal, a saber, obrar violentado por una fuerza irresistible, de momento que su conducta, en los hechos de marras, es una conducta exenta de toda posibilidad de ser considerada culpable, al haber obrado el acusado en favor de su hijo bajo la referida hipótesis de inexigibilidad de otra conducta.

Que de acuerdo al Código Penal, en su artículo 10 N° 9, se establece la fuerza irresistible como causal de exención de responsabilidad penal. La doctrina y jurisprudencia han interpretado dicha eximente como una situación en la que el individuo actúa bajo la coacción de una fuerza externa que anula por completo su capacidad de autodeterminación. Para que la causal de exoneración sea exculpante, debe cumplir al menos tres características: a) ser de naturaleza compulsiva; b) ser actual o inminente, y c) alcanzar una intensidad suficiente para que el sujeto la sienta irresistible.

Que en el caso que nos ocupa, la defensa del sentenciado sostiene que el amor filial y el deseo de evitar un mal para su hijo constituyen una fuerza irresistible que justifica la revelación de secreto en los términos sancionados por el artículo 38 de la Ley N° 20.000. Sin embargo, estos sentenciadores comparten el criterio del tribunal a quo, al entender que dicha alegación no se ajusta a la naturaleza y características de la fuerza irresistible como hipótesis eximente de responsabilidad penal (considerandos 3º, 4º de la sentencia de Corte de Apelaciones de Puerto Montt).

Cita online: CL/JUR/32962/2023

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículo 373 del Código Procesal Penal; artículo 10 del Código Penal.

II. Derecho Penal (Parte Especial)

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL DELITO DE DESACATO EN MATERIA DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

CATALINA DE LOS ÁNGELES SIERRA-CAMPOS*
Universidad de los Andes

I. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA SENTENCIA DICTADA POR LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

La I. Corte de Apelaciones de Santiago se pronunció acerca de un recurso de nulidad interpuesto en causa rol N° 4386-2022, con fecha 2 de noviembre del año 2022, respecto a la sentencia dictada por el 3º Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en causa RIT 43-2022, de 12 de septiembre del mismo año. En ella se condenó a E.G.P., en calidad de autor por el delito de desacato, contenido en el artículo 240 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, a cumplir la pena de 541 días de reclusión en su grado medio y a la accesoria de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena.

Los hechos probados que fundaron el reproche penal consistieron en que el día 2 de julio del año 2020, E.G.P. ingresó, en horas de la noche, al domicilio de su cónyuge C.R.H. en la comuna de La Reina, con pleno conocimiento de la prohibición de acercamiento vigente en su contra desde el día 20 de febrero del mismo año, fundada en hechos constitutivos de violencia intrafamiliar. Aquella noche la víctima notó la presencia de E.G.P. en su inmueble al observarlo fuera de su dormitorio. Momentos después fue detenido en el lugar por carabineros.

El recurso de nulidad presentado por la defensa de E.G.P. se apoyó en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, en una errónea aplicación del derecho. Pues bien, esta parte sostuvo que el incumplimiento de la medida de alejamiento por parte de E.G.P. debió haber sido sancionada con una medida de apremio de arresto por hasta quince días, en

* Abogada. Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Talca y la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctoranda en Derecho en la Universidad de los Andes, Chile. Correo electrónico: cdsierra1@miuandes.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3028-8290>.

virtud de lo reglado por el inciso primero del artículo 10 de la Ley N° 20.066, sin que fuese procedente el inicio de una investigación y posterior condena por el delito de desacato, como ocurrió en los hechos.

Adicionalmente, arguyó que el incumplimiento de la medida no expuso a la víctima –cónyuge del condenado– a un peligro concreto ni a una perturbación calificada de la tranquilidad en el inmueble. Estos hechos serían antecedentes suficientes para considerar que no procedía aplicar una sanción de tipo penal sino más bien la medida de apremio indicada.

No obstante, la I. Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de nulidad interpuesto y, por lo tanto, procedió a confirmar la sentencia condenatoria dictada por el 3^{er} Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago en contra de E.G.P. En lo que sigue de este comentario presentaremos el problema jurídico a analizar a partir del caso expuesto y ahondaremos tanto en los argumentos presentados por la parte recurrente como en los adoptados por el tribunal de alzada.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

El enfoque de este comentario está centrado en la comprensión del delito de desacato. En concreto, en la configuración del tipo penal de desacato en contexto de violencia intrafamiliar, a partir de la remisión que los artículos 10 y 18 de la Ley N° 20.066 hacen al inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, en que se le refiere como posible sanción al incumplimiento de medidas cautelares o accesorias dictadas por tribunales penales o de familia, según sea el caso.

El problema jurídico en este caso está delimitado por los argumentos que la defensa presentó al tribunal de alzada para fundamentar el recurso de nulidad. En primer lugar, sostuvo que la resolución que condenó a E.G.P. por el delito de desacato conllevó a que se le adicionara un *disvalor de injusto* a la conducta desplegada, lo que consideraba improcedente al caso concreto. Por otra parte, apuntó que se trataba del primer incumplimiento de la medida de alejamiento por E.G.P. y, además, el acto de ingresar al inmueble de su cónyuge no la expuso a un peligro concreto ni calificado.

En ese sentido, la defensa expuso que –siguiendo la interpretación de Hernández¹ en la doctrina– las sanciones contenidas en el artículo 10 inciso primero de la Ley N° 20.066, estas son: la facultad del juez de poner *en conocimiento*

¹ HERNÁNDEZ, Héctor. *Alcances del delito de desacato en el contexto de violencia intrafamiliar. Informe en Derecho para la Defensoría Penal Pública de Chile*, (2006).

del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil y la medida de apremio, de arresto por hasta quince días, se encuentran en una relación de alternatividad determinada precisamente por el estándar de peligro concreto a que fue expuesto el objeto de protección.

De esta manera, la entrega de antecedentes al Ministerio Público para la investigación del delito de desacato tendría una aplicación subsidiaria respecto de la medida de apremio. Y, por lo tanto, correspondería realizar una interpretación restrictiva de este delito, de modo que solo procedería en aquellos casos considerados calificados o que sugirieran un peligro concreto para el objeto de protección.

En suma, los contenidos a analizar en el siguiente apartado dicen relación, por una parte, con el cuestionamiento de si acaso la referencia de la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar a la norma que contiene el delito de desacato supone un mayor disvalor del injusto y, por otra, si es necesario que el comportamiento que quebranta la medida judicial suponga un peligro concreto para el bien jurídico que se pretende resguardar.

III. COMENTARIO

1. Sobre el posible efecto calificado del desacato en contexto de violencia intrafamiliar

La resolución de la I. Corte de Apelaciones de Santiago fue clara al rechazar la alegación de la defensa en cuanto a que la imputación del delito de desacato en el caso concreto implicaba un *plus* de disvalor al incumplimiento de la medida de protección a favor de la cónyuge. En efecto, explicó que “el delito en comento es de carácter autónomo a la Ley N° 20.066, la remisión que a éste hace el artículo 10 de dicho cuerpo legal, no crea una figura especial de desacato, solo prescribe la obligación del juez respectivo de poner en conocimiento del Ministerio Público el incumplimiento de medidas cautelares dictadas en esos procedimientos (...)”².

En este sentido, el tribunal de alzada es claro y preciso en dar cuenta de la autonomía entre las normas de la ley sobre violencia intrafamiliar y el delito de desacato, a lo que, por cierto, adherimos. De todos modos, nos parece interesante la propuesta interpretativa desarrollada por la parte recurrente en este caso, más allá de que nos parezca errónea por las razones señaladas.

² Considerando 3º.

Pues bien, no debemos olvidar que el reconocimiento de la violencia al interior del núcleo familiar como problema de interés general es de poca data. Previo a la entrada en vigor de la Ley N° 20.066, los actos de violencia dentro del hogar eran más bien considerados un asunto enmarcado dentro de la esfera de privacidad de las familias y no se esperaba que llegase a ser interés del legislador³.

Con todo, los impulsos de corte feminista y la mayor exposición de las situaciones de discriminación hacia las mujeres llevaron a que la violencia dentro del hogar pasara a ser considerada una temática de interés. Así, se fue creando un panorama de conmoción social que ha motivado en las últimas décadas numerosos estudios que han identificado que la mayoría de las personas víctimas de violencia en el núcleo familiar son de sexo femenino, e incluso se han desarrollado teorías en torno a los trastornos que una mujer maltratada puede llegar a desarrollar respecto de su agresor y las dificultades que enfrenta para superar tal situación⁴.

Todos estos elementos han llevado a activar el sistema legislativo, tanto a nivel nacional⁵ como internacional⁶, que se ha propuesto prevenir, sancionar

³ En este sentido se ha indicado que “la cuestión comenzó a ser abordada en el seno de Naciones Unidas a mediados de los años setenta del siglo pasado, cuando se declaró el decenio de la Mujer. Numerosas conferencias se llevaron a cabo, mientras los organismos encargados de materias penales comenzaron a prestar atención a la violencia doméstica”, COMISIÓN DE FAMILIA Y ADULTO MAYOR DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS, “Violencia contra la mujer: estándares internacionales, normativa actual y proyecto de ley”, en *Departamento de estudios, extensión y publicaciones / 18 de diciembre de 2017*, p. 2.

⁴ A este respecto se ha indicado que “cuando los acontecimientos de violencia doméstica suceden y se repiten, la mujer termina por reconocer el incremento de violencia de su pareja y eso hace que el miedo la excite fisiológicamente activando el sistema autonómico nervioso con el fin de liberar los neurotransmisores y hormonas que producirán posteriormente la hiper excitación Luego evalúa la amenaza y decide si debe afrontar el problema o escapar, lo cual, en este caso, significa escapar física o psicológicamente. Las mujeres que han estado sometidas a abusos constantes desarrollan unas buenas estrategias defensivas que normalmente surgen para compensar la imposibilidad de escapar”, WALKER, Lenore E. A. *El síndrome de la mujer maltratada*, traducción de Juan Castilla Plaza. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer S.A. (2012), p. 91.

⁵ En Chile se han dictado leyes fundadas en la protección a las mujeres, entre las destacadas encontramos la Ley N° 20.066, aquí comentada, sobre la violencia intrafamiliar, promulgada en el año 2005; luego, la Ley N° 21.212 que integró el delito de femicidio al ordenamiento jurídico penal chileno en el año 2020. Más recientemente, la Ley N° 21.523, promulgada en el año 2022, integró importantes reformas en materia de delitos sexuales y contra la vida de las mujeres víctimas de violencia de género.

⁶ En este punto indudablemente capta la atención la proliferación legislativa española en torno a los actos de violencia contra las mujeres, que identifican globalmente bajo la denominación

y erradicar la violencia contra la mujer. Así, podemos observar que, bajo estos propósitos se han incluido diversos actos de discriminación y violencia en que la víctima es una mujer y el agresor es un hombre, en un contexto social identificado comúnmente como patriarcal, ya fuera del ámbito familiar.

De esta manera, es más común observar una práctica legislativa sexo-específica marcada por la creación de nuevos tipos penales, la exclusión de beneficios en penas sustitutivas, el aumento de las penas, como también la integración de nuevas agravantes y/o calificantes. Todas estas medidas bajo la consigna de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Sin embargo, nos parece que el fenómeno de la violencia intrafamiliar no se subsume del todo a las directrices de la violencia contra las mujeres ni menos aún pueden ser utilizados como conceptos sinónimos.

Por cierto, existen elementos que confluyen en ambos fenómenos. Como mencionábamos, la presencia de la víctima de sexo femenino y el agresor de sexo masculino es el gran punto de unión. Aun así, estos elementos no suponen todos los casos. Entonces, parece ser que para enfrentar este fenómeno podría ser beneficioso realizar un esfuerzo por evitar un enfoque centrado solo en los roles, y tomar una perspectiva que permita comprender la cuestión independientemente de si los sujetos varían o no⁷.

Ahora bien, el objetivo de este comentario no es detenernos en analizar sobre la efectividad de las medidas legislativas, pero sí nos interesa dar cuenta de que nuestro ordenamiento jurídico penal se encuentra expuesto a una técnica legislativa que está afectando la interpretación de normas que no cuentan con una carga sexo-específica, tal como vemos que ocurrió en este caso presentado ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago.

Como revisábamos, la defensa de E.G.P. alegó que la referencia de la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar a la norma que regula el delito de desacato suponía la adición de un *plus* de injusto ante el quebrantamiento de la prohibición de acercamiento cometida por su defendido. Un *plus* de injusto supondría entender, en términos generales, que el quebrantamiento de lo man-

“violencia de género”. En el ámbito específico de la violencia al interior del núcleo familiar ha sido relevante las medidas incorporadas por la Ley Orgánica N° 1/2021, de 24 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género, y más recientemente, la Ley Orgánica N° 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género.

⁷ En la dogmática penal española se ha planteado que “las normas que el derecho penal destina a la mujer reflejan (y construyen) una determinada visión de la mujer”, LARRAURI, Elena. *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, Buenos Aires - Montevideo: Editorial B de F (2008), p. 20.

dado a cumplir en contexto de violencia intrafamiliar sería considerado más gravoso que el quebrantamiento de una medida judicial en otro contexto.

Una interpretación de ese estilo lleva a cometer el error de confundir los bienes jurídicos protegidos, por un lado, de la medida de protección quebrantada y, por otro, del delito de desacato. Pues bien, como el artículo 10 inciso primero de la Ley N° 20.066 simplemente hace referencia a la potestad del juez de poner en conocimiento de los antecedentes del quebrantamiento de la medida impuesta al Ministerio Público para que investigue sobre un posible caso de desacato, se aprecia una distancia entre ambas normativas.

En consecuencia, corresponde al Ministerio Público formalizar o no por el delito a partir de los antecedentes puestos a su disposición. De modo que es importante dar cuenta que la ley sobre violencia intrafamiliar no sanciona directamente con la pena de desacato el quebrantamiento de las medidas accesorias o cautelares que contiene en sus artículos 9º y 15.

La confusión entre los bienes jurídicos protegidos de las medidas de protección y el desacato no es algo ajeno en la doctrina chilena, pues ya Matus desarrolló una crítica al respecto⁸. El autor señaló que la interpretación propuesta por Hernández acerca de la necesidad de un peligro concreto para fundar el delito de desacato, “[...] en realidad lo que hace es transferir al delito de desacato propiedades de otros delitos como el homicidio, las lesiones y los atentados contra la libertad sexual y la seguridad personal, que nada tienen que ver con su configuración jurídica”⁹.

Más aún, Matus explica que de seguir tal interpretación supondría dejar sin contenido al delito de desacato, toda vez que “[...] no está dirigido a proteger a las personas en casos específicos, sino de asegurar la fiabilidad y observancia de las relaciones judiciales”¹⁰. Por lo tanto, en el caso en comento, no importa si E.G.P. ingresó al inmueble de su cónyuge sin poner en riesgo su integridad o incluso su vida, sino que lo relevante para la configuración de la figura penal dice relación netamente con el incumplimiento de la medida impuesta por el tribunal, consistente en una prohibición de acercamiento a la víctima.

En definitiva, nos parece que la remisión de la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar al artículo 240 inciso segundo del Código de Procedimiento

⁸ Un estudio acerca de las diferentes posturas en la doctrina penal chilena en torno al delito de desacato en relación con la Ley N° 20.066, véase, SIERRA CAMPOS, Catalina de los Ángeles. “El delito de desacato en contexto de violencia intrafamiliar: un análisis del Párrafo 2º de la Ley N° 20.066”, en *Revista Jurídica Digital UANDES*, 6/1 (2022), pp. 97-114.

⁹ MATUS, Jean Pierre. “La discusión sobre el aspecto objetivo del delito de desacato a las resoluciones judiciales”, *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, vol. XLIII, N° 3 (2016), p. 46.

¹⁰ MATUS, *op. cit.*, 46.

Civil, que regula el delito de desacato, no implica una calificación del tipo penal. Es decir, para la configuración del delito no se requiere de otros elementos más que sea quebrantado el mandato judicial impuesto en el caso concreto, aun cuando se trate de un contexto de violencia intrafamiliar.

2. De la interpretación a la creación normativa

Como ya revisábamos, los argumentos que sustentaron el recurso de nulidad siguieron los planteamientos esgrimidos en la doctrina por Hernández. O, dicho de otro modo, la defensa postuló una interpretación restrictiva del delito de desacato que, con relación a la Ley N° 20.066, supone entender que se trata de una sanción de carácter supletorio a la medida de apremio de arresto por hasta quince días. Por añadidura, para que proceda la investigación por el delito de desacato, Hernández sostiene que el quebrantamiento de la medida de protección debe conllevar un peligro serio para el objeto de protección.

Esta interpretación en torno al delito de desacato en materia de violencia intrafamiliar ha tenido gran protagonismo en la jurisprudencia penal chilena ante el quebrantamiento de medidas de protección. En concreto, hasta la fecha encontramos fallos que absuelven a sujetos que han incumplido medidas de protección al entender que el sistema de apremios y el delito de desacato se encuentran en una relación subsidiaria¹¹. Por lo tanto, se ha afirmado que “(...) el ámbito de aplicación del ilícito penal comienza donde termina el primero de ellos, a saber, el sistema de apremios, entendiendo aquel de índole penal, como subsidiario respecto de este sistema compulsivo”¹².

No obstante, actualmente, al revisar la jurisprudencia a nivel de las Cortes de Apelaciones podemos observar una tendencia bastante clara a rechazar esta interpretación “restrictiva” del delito de desacato y su consecuente “relación subsidiaria” con el sistema de apremios en materia de violencia intrafamiliar. Asimismo, dichos tribunales han rechazado la consideración de que sea necesario el despliegue de un comportamiento que pusiere en riesgo los bienes jurídicos protegidos por la medida de protección para configurar la figura típica.

¹¹ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, 5/12/2022, RIT O-107-2022, RUC 2010026611-4. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, 13/02/2023, RIT 2571-2021, RUC 2100086296-4: en este caso “el tribunal exigió la indicación de una distancia determinada en el oficio o en la resolución judicial”.

¹² Corte de Apelaciones de Punta Arenas rol N° 236-2022, 1 de febrero de 2023, considerando 10º, en referencia a la causa RIT O-107-2022, RUC 2010026611-4 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, 5 de diciembre de 2022.

La exigencia de que el quebrantamiento de la medida de protección deba suponer un peligro serio para el objeto de protección dejaría de ser una mera interpretación del tipo penal de desacato. Antes bien, se le puede considerar un ejercicio de creación de elementos que no están contemplados en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

Luego, el nexo entre los artículos 10 y 18 de la Ley N° 20.066, que establecen las sanciones al incumplimiento de las medidas de protección, sean en sede de familia o penal, y el delito de desacato no implica la incorporación de nuevos requisitos. Más aún, como ya hemos mencionado y la Corte de Apelaciones de Santiago indicó en el caso en comento, la ley sobre violencia intrafamiliar simplemente se limita a facultar al juez para que entregue los antecedentes al ente persecutor sobre el incumplimiento de la medida. No sanciona directamente con la pena del delito de desacato el comportamiento que quebranta la medida.

En este orden de ideas, la I. Corte de Apelaciones de Santiago identificó cuatro elementos que deben concurrir en los hechos para la configuración del delito de desacato por el quebrantamiento de una medida de protección decretada en contexto de violencia intrafamiliar, a saber:

- “a) que exista una resolución judicial que imponga la medida cautelar o accesoria al denunciado, imputado o condenado;
- b) que esa resolución se encuentre vigente y haya sido debidamente puesta en conocimiento de la persona a quien se le imputa la realización del tipo penal;
- c) que el imputado realice una conducta destinada a infringir la orden judicial, esto es, que intencionalmente ejecute la acción que la resolución le prohíbe y;
- d) finalmente, un elemento subjetivo, constituido por la conciencia y voluntad de quebrantar la prohibición dispuesta por el tribunal”¹³.

La identificación de estos requisitos por el tribunal de alzada hace patente que la configuración del delito de desacato prescinde absolutamente del riesgo que pudo o no haber estado expuesto el bien jurídico protegido por la medida accesoria o cautelar. Pues bien, como enunciábamos en un comienzo, el bien jurídico que protege el desacato es la *correcta administración de justicia*. Y así se indicó en la sentencia objeto de este comentario¹⁴.

¹³ Considerando 4º.

¹⁴ “[...] el desacato tiene como bien jurídico a tutelar, el de la correcta administración de la justicia, por lo que basta el incumplimiento objetivo de una resolución judicial, con

Más recientemente, en otro caso jurisprudencial sobre el incumplimiento de una medida cautelar de prohibición de acercamiento dictada en contexto de violencia intrafamiliar, el tribunal penal absolvio al infractor aludiendo que no se había establecido un metraje de distancia que debía mantener respecto de la víctima. En el marco de un recurso de nulidad, la Corte de Apelaciones de Valparaíso aplicó el razonamiento que en este comentario se postula e indicó:

“[...] la interpretación que restringe el injusto a la aproximación a un metraje determinado conjuntamente con la realización de actos que revelen una suerte de peligro inminente de agresión, como si de un delito de resultado se tratare, altera injustificadamente su ámbito de aplicación [...]”¹⁵.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas en un fallo en que critica la absolución de un infractor de medida de protección dictada por el Juzgado de Familia de Puerto Natales, indicó que el tribunal penal erró en su razonamiento, “en cuanto incorporan al tipo penal contemplado en el artículo 240 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, exigencias o elementos que no forman parte de él, y que provienen de un análisis doctrinario que parece sustraerse por un lado, en la mínima lesividad de ciertas conductas que se prohíben mediante resolución y por el otro, una exigencia normativa en cuanto a que la conducta reprochada como de incumplimiento a una resolución judicial sea expresamente remitida a una posible sanción del tipo penal del artículo 240 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil”¹⁶.

Estos son solo algunos ejemplos de la tendencia observable en la jurisprudencia de los tribunales superiores que, al final del día, nos alarman ante un ejercicio doctrinario que puede superar los propósitos interpretativos que el legislador tuvo a la vista al dictar la norma. Y, en este sentido, el principio de legalidad consagrado en la Constitución Política no debe dejar de ser protagonista al momento de realizar un ejercicio interpretativo de la ley¹⁷.

conocimiento de la misma, para estar frente a esta figura penal, sin que se requiera de otro elemento adicional”, considerando 3º.

¹⁵ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 10/04/2023, rol N° 442-2023, considerando 13º.

¹⁶ Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 1/02/2023, rol N° 236-2022, considerando 11º.

¹⁷ Así lo ha reconocido MATUS, *op. cit.*, p. 36, al indicar: “La determinación del *sentido literal posible* de un texto legal exige, en primer término, que el intérprete acepte la convención lingüística empleada en la redacción del texto legal del que se trate y reconozca a través de ella los significados posibles (referidos) de las expresiones de la ley (referentes)”.

3. Acerca del rol que adquiere la sanción penal en situaciones de violencia intrafamiliar

Como hemos desarrollado, la relación entre la Ley N° 20.066 y la norma de desacato no supone la adición de nuevos requisitos al tipo penal. En efecto, basta que se cumpla la conducta típica contenida en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que se *quebrante lo ordenado cumplir*. Por consiguiente, la ley sobre violencia intrafamiliar no altera el bien jurídico que pretende proteger este tipo penal ni debe ser confundido con aquellos bienes jurídicos que pretenden tutelar las medidas accesoria o cautelares decretadas.

Respecto a las medidas accesoria o cautelares contenidas en los artículos 9º y 15 de la Ley N° 20.066, según sean decretadas por un tribunal de familia o penal, “pueden cumplir un rol trascendental, ya que constituyen un medio de protección que puede adoptar el tribunal para proteger preventivamente a quienes se ven expuestos o expuestas a esta forma de violencia”¹⁸. Lo cierto es que un avance procesal en la materia consistió en que, tanto en sede de familia como penal, pueden ser decretadas a partir de la sola denuncia.

Las estadísticas oficiales dan a conocer un aumento progresivo de las cifras en torno a las medidas accesoria o cautelares decretadas en contexto de violencia intrafamiliar¹⁹. Estos registros dan cuenta que las medidas concedidas más recurrentes son la *prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurre o visite habitualmente* (artículo 9º, b), y la *obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima* (artículo 9º, a). Por ende, los bienes jurídicos protegidos se concentran en la integridad física y/o psíquica, como también la vida de la (presunta) víctima.

Ahora bien, un aumento en el número de medidas decretadas en estos casos no supone necesariamente la efectiva protección de la (presunta) víctima de maltrato. De ahí que, la amenaza de sanción penal ante el quebrantamiento

¹⁸ PODER JUDICIAL. *Estadísticas de causas VIF y Maltrato Habitual*, Boletín N° 1 (abril 2022), p. 3.

¹⁹ “Las medidas cautelares decretadas a nivel país en las causas por el delito de maltrato habitual, para el periodo 2015-2021, ascienden a 7.658. A partir del año 2015 existe un crecimiento progresivo de la cifra, que marca su más alto nivel el año 2021 (2.099). Durante el periodo pre pandemia el promedio alcanzó 765 medidas cautelares decretadas, mientras que para el periodo de pandemia la cifra corresponde a 1.918. Lo anterior refleja un aumento de un 150,7%”, PODER JUDICIAL. *Estadísticas de causas VIF y Maltrato Habitual*, Boletín N° 1 (abril 2022), p. 7.

de estas medidas, configura un refuerzo necesario al resguardo de los bienes jurídicos mencionados.

Es en este orden de ideas en que nos parece que se produce la confusión entre los bienes jurídicos protegidos por las medidas cautelares y por el delito de desacato, como presentamos en los acápite anteriores de este comentario. Pero cabe afirmar que no existe espacio a confusión si comprendemos el rol que desempeña cada una de estas figuras en el enfrentamiento al fenómeno de la violencia dentro del núcleo familiar.

Si las medidas accesorias o cautelares no estuviesen reforzadas por la eventual investigación por el delito de desacato, que lleva aparejada una pena de reclusión menor en su grado medio a máximo, es decir, de 541 días a 5 años, bienes tan importantes como la integridad y la vida de una persona estarían dejadas a la mera voluntad del (presunto) agresor.

La ocurrencia de casos de lesiones o incluso de muerte de personas que contaban con el resguardo de alguna medida accesoria o cautelar no nos permiten confiar en la mera voluntad del sujeto agresor²⁰. Especialmente cuando se decreta una de estas medidas por un tribunal, aquella se sustentó en algún episodio de violencia que ya puso en riesgo a quien la solicita.

En definitiva, consideramos que la interpretación propuesta del tipo penal de desacato y la identificación del bien jurídico protegido con carácter independiente de los bienes protegidos por las medidas accesorias o cautelares dictadas en contexto de violencia intrafamiliar no impide reconocer el importante rol que la sanción penal asociada a este delito desempeña en los propósitos preventivos de violencia intrafamiliar asumidos por el Estado de Chile.

Se trata de un refuerzo a la motivación de cumplimiento de las medidas accesorias o cautelares impuestas al (presunto) agresor²¹. La amenaza de sanción por desacato robustece un incipiente sistema de prevención de actos de violencia extrema, que sin duda debe seguir siendo materia de estudio y debate para su mejoramiento y eficacia.

²⁰ Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 17/05/2016, RIT 207-2016, RUC 15000068270-2.

²¹ La I. Corte de Apelaciones de Santiago, 20/08/2020, rol N° 368-2020, explicó que la referencia de la Ley N° 20.066 al artículo 240 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil se estableció “[...] a fin de que se baste a sí misma y que su sola lectura quede claro para cualquier persona, que desobedecer en esta materia al juez constituiría delito de desacato”, considerando 6º.

Por de pronto, con las herramientas normativas que contamos, resulta meritario el rol de las Cortes de Apelaciones de nuestro país, que han interpretado la ley sin adicionar elementos no establecidos por el legislador. Como consecuencia de ello, se les confiere mayor eficacia a las resoluciones judiciales que decretan estas medidas, esenciales para la proteger integridad y vida de las víctimas de violencia intrafamiliar.

1. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)

Desacato. I. Requisitos de procedencia de delito de desacato en contexto de violencia intrafamiliar. II. Incumplimiento de las medidas cautelares o accesorias decretadas configura el delito de desacato. Prohibición de acercamiento impone un deber de omisión acercamiento. Hechos asentados y conducta desplegada por el imputado se encuadra en la figura típica del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de desacato, ilícito previsto y sancionado en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil. Defensa de condenado recurre de nulidad. La Corte de Apelaciones rechaza el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de Nulidad (Rechazado)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Santiago*

ROL: *4386-2022, de 2 de noviembre de 2022*

MINISTROS: *Sra. Verónica Cecilia Sabaj E., Fiscal Judicial Sra. Macarena Troncoso L. y Sr. Cristian Luis Lepin M.*

DOCTRINA

En relación a la alegación de la causal interpuesta artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal es dable señalar que se comparte lo razonado por las sentenciadoras del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, toda vez que para estar en presencia del delito de desacato, previsto y sancio-

nado en el artículo 240 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 10 de la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar es necesario que concurran cuatro supuestos para su configuración, en relación con el incumplimiento de la medida de protección de alejamiento dispuesta en resguardo de la víctima, a saber: a) que exista una resolución judicial que imponga la medida cautelar o accesoria al denunciado, imputado o condenado; b) que esa resolución se encuentre vigente y haya sido debidamente puesta en conocimiento de la persona a quien se le imputa la realización del tipo penal; c) que el imputado realice una conducta destinada a infringir la orden judicial, esto es, que intencionalmente ejecute la acción que la resolución le prohíbe y; d) finalmente, un elemento subjetivo, constituido por la conciencia y voluntad de quebrantar la prohibición dispuesta por el tribunal (considerando 4º de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

El artículo 15 de la Ley N° 20.066 dispone que en cualquier etapa de la investigación o del procedimiento sobre delitos constitutivos de violencia intrafamiliar y aún antes de la formalización, el tribunal con competencia en lo penal o los juzgados de familia podrán decretar las medidas cautelares que fueren necesarias para proteger a la víctima de manera eficaz y oportuna. Por su parte, el artículo 18 del citado cuerpo normativo señala que, ante el incumplimiento de las medidas cautelares o accesorias decretadas, el juez pondrá en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, disponiendo por su parte la última norma citada lo siguiente: “El que quebrantare lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo”. De acuerdo a lo expuesto, la aplicación del delito de desacato ante los incumplimientos de prohibiciones dispuestas en protección de víctimas de violencia intrafamiliar arranca del reenvío que al artículo 240 del Código de Procedimiento Civil efectúan el artículo 10 de la Ley N° 20.066 y 94 de la Ley N° 19.968 (considerandos 8º y 9º de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

En el caso sublite la prohibición de acercamiento impone un deber de omisión acercamiento, en resguardo de la seguridad de la víctima por cuanto el tipo penal de desacato sanciona al que quebrante “lo ordenado cumplir”. Luego, estaba cumplido lo ordenado, en tanto no mediara la acción contraria que, si posteriormente se ejecutó, se convirtió necesariamente en una acción típica, sin que fuere necesario realizar ninguna otra disquisición a su respecto. En consecuencia, se desechan las alegaciones de la defensa en cuanto a que el tipo penal en análisis requiere de otros elementos fácticos como el haber puesto en peligro efectivamente y de manera grave la integridad de la denunciante o personas a cuyo favor se había dictado la correspondiente

prohibición de acercamiento, dado que lo que se sanciona es la infracción a un mandato, resolución o sentencia judicial, con las especiales consideraciones de peligro abstracto para la vida e integridad física y psíquica de la víctima de Violencia Intrafamiliar en un sentido más bien instrumental que la doctrina reconoce a la actividad del órgano jurisdiccional y en general a los bienes jurídicos colectivos en los que se incluyen intereses individuales, tal como acontece en el delito de desacato, en cuya virtud se ordena a un tercero que se le prohíbe una determinada acción mirado como mecanismo de refuerzo a la eficacia de las medidas de protección en favor de la víctima del maltrato previo por la vía de amenazar con un castigo penal a quienes la quebranten. En la especie, los hechos asentados en el fallo y la conducta desplegada por el imputado se encuadra y se subsume cabalmente en la figura típica contenida en el artículo 240 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil. En efecto, en las condiciones indicadas, el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago ha dado aplicación al artículo 240 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil para un caso que la norma ha previsto (considerandos 12º a 14º de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CL/JUR/41199/2022

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículo 240 del Código de Procedimiento Civil; artículos 10, 15 de la Ley N° 20.066; artículo 94 de la Ley N° 19.968.*

III. Derecho Procesal Penal

FORMALISMO EQUIVOCADO E INTRASCENDENTE COMO CAUSA DE NULIDAD: UN FALLO PARA OLVIDAR

FELIPE MORGAN SIEFER
Pontificia Universidad Católica

En el presente fallo, la Corte Suprema rechaza un recurso de nulidad deducido por la defensa de un condenado por delito de porte de arma incendiaria, fundada en dos causales de nulidad. En primer lugar, invoca una afectación al debido proceso (art. 373 letra A del Código Procesal Penal, en adelante, “CPP”) por haber sido detenido el condenado luego de un supuesto control de identidad ilegal, afirmando que los funcionarios policiales se acercaron al imputado por la sola circunstancia de haberse alejado de un grupo de personas y haber dejado abandonada una botella al momento de percibirse de la presencia policial, lo que a juicio de la defensa no constituía indicio suficiente para proceder a un control de identidad. La Corte Suprema estima que tales indicios sí eran suficientes conforme al art. 85 del CPP y que, de todas formas, antes de practicar el control, que mutó en detención, los funcionarios policiales verificaron que lo que la botella contenía era un líquido verde y mantenía un trozo de tela adosado. En subsidio, el recurrente alega infracción a deberes de fundamentación de sentencia por inaplicación del principio de razón suficiente, dado que habría antecedentes para estimar que el condenado no había participado en los hechos delictivos. La Corte rechaza la alegación estimando que el recurrente solicita una diferente calificación jurídica y que, de todas formas, en el fallo recurrido se encuentran las consideraciones por las cuales el tribunal a quo no dio mérito a las alegaciones de defensa.

Sorpresaivamente, sin embargo, luego de rechazar todos los argumentos de la defensa, la Corte Suprema anula *de oficio* la condena, estimando que se habría verificado una infracción a los deberes de fundamentación de la sentencia (letra E del art. 374 en relación con arts. 342, letra C, y 297 del CPP) pues no se habría condenado conforme a la prueba rendida en juicio, pues en la redacción de los hechos condenados se afirma que el imputado “*fue sorprendido por Carabineros portando en sus manos una bomba incendiaria denominada Molotov*”, siendo que, como se señaló antes, los mismos funcionarios policiales declararon en juicio que sólo se percibieron de que era una bomba incendiaria después de que la hubiera dejado de portar, al momento en que se acercaron a la botella que el sujeto había dejado y verificaron su contenido. Razona el fallo:

“De lo anterior, se sigue que en caso alguno los agentes policiales refirieron en sus atestados haber sorprendido al encartado ‘portando en sus manos una bomba incendiaria denominada Molotov’, como erradamente da por establecido el fallo en revisión, máxime si se tiene en cuenta que según los dichos de los policías, sólo una vez que el Cabo G. P. se aproximó al lugar donde el acusado había dejado la botella, pudo apreciar que ésta era de la marca ‘Corona’ y que en su interior contenía con un líquido de color verde que no era cerveza, además de mantener adosado un trozo de tela a su boca.

Vigésimo primero: Que, así las cosas, el fallo en revisión no explicita el proceso de valoración de las pruebas que llevó a concluir que el acusado fue sorprendido portando en sus manos una bomba incendiaria, supuesto fáctico que como ya se dijo no se ajusta al mérito de las pruebas rendidas en juicio, en particular a la testimonial, consistente en el atestado de los dos funcionarios de Carabineros que participaron del procedimiento que concluyó con la detención del encartado, lo que evidencia el incumplimiento del deber de fundamentación previsto en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación al artículo 342 letra c) del mismo cuerpo legal.

Vigésimo segundo: Que tal falta de fundamentación, obliga a anular el juicio y la sentencia, porque importa un motivo absoluto que ‘siempre’ genera invalidación, condiciones que justifican obrar de oficio”.

I. CRÍTICA

Un razonamiento como el expuesto por la Corte Suprema resulta tan palmaríamente equivocado que, paradójicamente, resulta hasta difícil elegir un punto de partida desde el cual abordarlo. Si bien puede analizarse desde una perspectiva exclusivamente jurídica, parece ineludible tener que partir por hacer un análisis semántico.

En primer lugar, *a priori*, se podría catalogar de ‘literalista’ la decisión de la Corte (en el sentido de que no se podría afirmar que el condenado *fue sorprendido portando* una bomba molotov, debido a que los Carabineros sólo podrían calificar el objeto que el sujeto *portaba* –una bomba molotov!– una vez que este abandonara aquél), pero en realidad, ni siquiera lo es, porque, de forma estrictamente literal, *sorprender*, entre sus diversas acepciones es “[d]escubrir lo que alguien ocultaba o disimulaba”¹. En tal sentido, al darse por probado en la sentencia recurrida que el imputado “fue sorprendido por

¹ <https://dle.rae.es/sorprender>. Definición prácticamente idéntica en <https://www.wordreference.com/definicion/sorprender>.

Carabineros portando en sus manos una bomba incendiaria denominada Molotov” no habría expresado nada más que la aseveración de que Carabineros *descubrió* que el sujeto estaba portando una bomba incendiaria, en ese momento y lugar. De acuerdo con las definiciones entregadas, *sorprender* trata de una actividad diferente a meramente observar o identificar y puede implicar la operación de eliminar el velo que oculta lo escondido. Así las cosas, tenemos dos momentos; un primer momento de observación de una botella siendo portada por el imputado y, luego, un segundo momento de identificación de lo que se contenía en ella, *descubriendose* así que el sujeto portaba una bomba molotov. Como salta a la vista, todo lo anterior puede ser explicado por el verbo *sorprender*.

Pero, en segundo lugar, desde un punto de vista sustantivo, aun cuando hubiera sido otro verbo el que hubiera usado el tribunal de juicio oral en lo penal, p. ej., que los funcionarios policiales hubieren ‘*observado*’ o ‘*advertido*’ que el imputado portaba una bomba molotov, dándose a entender que en dicho momento sabían que precisamente se trataba de una bomba molotov lo que portaba el sujeto, ni aun en ese caso el fallo del tribunal a quo sería merecedor de reparo. Si se observa a alguien portando un objeto desconocido, y después se verifica que tal objeto es una bomba, aunque no se sepa al mirarlo en un primer momento, no es incorrecto decir que lo que se observó fue precisamente una bomba molotov. El objeto observado es una bomba molotov, con independencia de lo que haya creído el que lo observó. La percepción subjetiva del sujeto sólo tendría importancia si lo que estuviera siendo analizado fuera justamente aquello, su percepción, como cuando de aquella, acompañada de otras pruebas, pretendamos concluir qué es lo que objetivamente ocurrió, lo que ciertamente es esencial al momento de explicitar la valoración de la prueba testimonial. Pero en un acápite donde ninguna relevancia tiene, el de ‘hechos probados’, en que sólo se constata la ocurrencia de las circunstancias objetivas que se pudieron acreditar en el juicio, por alguna razón la Corte considera importante qué es lo que creían percibir los funcionarios policiales al momento de la detención.

En estricto rigor, lo que debe contenerse en los ‘hechos acreditados’ que fundan una condena son las circunstancias objetivas de la conducta realizada por el imputado que configuren el *tipo penal* y, a lo más, las que configuren *circunstancias agravantes*². Para la tipicidad de una conducta resultan irrele-

² Sin perjuicio de que también se ha sugerido que deben mencionarse los elementos subjetivos del tipo, como los ánimos especiales. A mi juicio, en la medida que la omisión de ellos no produzca algún tipo de indefensión o provoque una sorpresa, no resulta esencial que

vantes las circunstancias relativas a la forma en que se descubrió la comisión del hecho típico e identificado a su responsable. Sin perjuicio de que sea el mismo Ministerio Público el que suele acompañar en sus formalizaciones de investigación y acusaciones inútiles alusiones a las formas en que se descubrieron o acreditaron los delitos³, que luego son reproducidas textualmente por las sentencias condenatorias (respetuosas de una mala entendida exigencia de congruencia), aquellas son intrascendentes jurídicamente⁴. En general, la Fiscalía debiera prescindir de tales referencias (que, a la larga, terminan siendo sólo fuentes de problemas, como queda palmariamente evidenciado en este caso), pero ello no exime a la judicatura de distinguir entre lo que es jurídicamente relevante y lo que no lo es. Más aún cuando se actúa de oficio y se toman decisiones tan trascendentales como la invalidación de un juicio oral.

Un tercer aspecto criticable del fallo en comento es la afirmación de que, en tanto motivo absoluto de nulidad, la causal invocada (letra E del art. 374 CPP) “siempre” genera invalidación, conforme con el criterio defendido por la doctrina clásica⁵, según el cual la exigencia del art. 375 del CPP –de que el vicio haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo–, no puede efectuarse respecto de las causales del art. 374, porque, dada la gravedad de los vicios contenidos en ellas, se “supondría”, “presumiría”, “prescindiría” de la trascendencia, o “ex ante se estiman con capacidad para lesionar un derecho o

sean enunciados, pues los delitos con que sean calificados jurídicamente los hechos por la acusación permitirán, generalmente, a la defensa saber que se atribuye la existencia del ánimo de que se trate.

³ A modo de ejemplo, en casos de descubrimiento de tenencias de especies ilícitas en lugares privados, se suelen utilizar fórmulas como las siguientes: ‘En el contexto de investigaciones realizadas por tráfico de drogas en tal sector, por funcionarios policiales de tal brigada policial de investigaciones, funcionarios policiales efectuaron diligencia de entrada y registro en tal domicilio de propiedad del imputado tanto, en donde hallaron determinadas especies ilícitas’. En rigor, lo único sustancial de toda dicha relación de circunstancias es que ‘el imputado en tal domicilio y en tal fecha, mantuvo en su poder tales especies ilícitas’. Es ello lo único que debe ser probado y lo único que constituye el delito que se pretende condenar.

⁴ A lo más, en ciertos casos, especialmente de mayor complejidad y que se pretenden juzgar en juicio oral, las circunstancias sin trascendencia penal sustantiva pueden resultar útiles para que el tribunal de juicio pueda tener una mejor comprensión del panorama completo de los hechos y facilitar el sentido y orden del juicio, pero serían casos excepcionales y su utilidad sería meramente práctica, estratégica, con miras a obtener una condena en juicio oral.

⁵ DUCE JULIO, Mauricio. *Proceso penal*, 1^a ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile (2007), p. 521; HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal penal chileno, tomo II*, 1^a ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile (2004), p. 417; MATORANA MIQUEL, Cristián y MOSQUERA RUIZ, Mario. *Los recursos procesales*, 1^a ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile (2010), p. 338.

garantía y con capacidad para privar de –o afectar a una parte en– una posición, una expectativa, una oportunidad, o una inmunidad reconocida en el proceso”⁶. Sin perjuicio de que en la mayoría de las veces efectivamente la sola presencia de tales vicios puede conllevar un perjuicio y que, adicionalmente, exigir la trascendencia en muchos casos constituye una verdadera *prueba diabólica*⁷, lo cierto es que, aun cuando el art. 374 señala que “siempre” deberán anularse los juicios y sentencias viciados por las hipótesis que enumera, por su parte, el art. 375, al momento de exigir la trascendencia, no distingue ni matiza en modo alguno su exigencia según la causal de que se trate. El presente caso refleja los resultados absurdos a los que puede llevar extremar la inexigibilidad de trascendencia para toda hipótesis del art. 374. Algún mínimo de relevancia y consecuencia debe exigirse del error para que justifique la anulación del fallo. Si es que el tribunal de juicio oral en lo penal hubiere fallado que se tuvo por acreditado que el imputado ‘vestía una polera negra’ el día del delito, sin que aquella afirmación pudiere desprenderse de prueba alguna, pero, simultáneamente, resultara ser una circunstancia completamente irrelevante, ni favorable o desfavorable al imputado, ¿tendría sentido, de todas formas, anular el fallo por más palmaria que fuera la omisión de fundamentación de aquella aseveración estética? Una cosa es que no sea necesario acreditar que, de no haber existido el vicio, se habría obtenido un resultado favorable –lo que se entiende como ‘influencia en lo dispositivo del fallo’–, pero otra es prescindir incluso de que el vicio sea potencialmente perjudicial, del modo que sea, para algún derecho o expectativa legítima de una parte; que sea irrelevante que, existiere o no el vicio, en caso alguno habría afectado a algo. En el presente caso, aun cuando el argumento lingüístico de la Corte Suprema hubiera sido correcto –no lo era–, no habría existido posibilidad de perjuicio para nadie, pues ni agrava ni perjudica al imputado que los funcionarios policiales hubieren, en un solo acto, observado y comprobado simultáneamente la naturaleza del objeto que portaba o que lo hayan hecho en momentos separados, para efectos de determinar el comportamiento delictivo que realizó y la calificación jurídica que le

⁶ DEL RÍO FERRETTI, Carlos. “El principio de trascendencia en relación con el motivo de recurso de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal chileno”, en *Política Criminal*, vol. 13, núm. 25 (2018), pp. 325-326.

⁷ Pues, demostrar la trascendencia del vicio en realidad es realizar un juicio altamente hipotético: acreditar razonablemente que el tribunal habría fallado de una forma favorable –al recurrente– de no haberse presentado el vicio. No pareciera existir en la jurisprudencia un estándar sobre el nivel de convicción que debe alcanzarse para dar por cierto dicho juicio, y me temo que la jurisprudencia suele asilarse en la mera *posibilidad* de que el tribunal hubiere podido llegar a una misma decisión para desestimar los recursos de nulidad.

corresponde. Lo probado es que el imputado portó la bomba molotov; y con eso es suficiente para condenarlo.

En cuarto lugar, resulta sorprendente que la decisión del fallo es incoherente con lo resuelto en la misma fecha por la sala compuesta por los mismos magistrados y abogados integrantes en una causa por tenencia de arma de fuego⁸ en que se confirmó la condena de un imputado al que Carabineros “sorprendieron portando el arma”, no obstante se determinó sólo *después* de que el condenado dejara de portar el arma que efectivamente lo era (mientras huía con el objeto, lo lanzó al interior de un inmueble, desde el que fue recuperado, pudiendo concluirse recién en ese momento que era un arma), por lo que bien podría la Corte haber adoptado el criterio aquí criticado.

Así, pareciera que es un criterio completamente anómalo, pues en otros fallos de la misma Corte Suprema ningún reparo se ha expresado sobre la fórmula del ‘sorprendido portando X’ en que la naturaleza de X se establece después de haber sido ‘sorprendido’. A modo de ejemplos: en caso en que imputado “fue sorprendido por funcionarios policiales conduciendo el vehículo PPU RS-3339, en cuyo interior tenía 4 cartuchos de arma de fuego calibre .44 marca CBC”, sólo se descubrió la existencia del arma luego de que el imputado hubiere detenido su conducción y se hubieren revisado partes del vehículo, encontrándose el arma recién al momento de indagar en el maletero. En este caso la condena se confirmó⁹. En otro caso en que el imputado “fue sorprendido por carabineros, portando entre sus vestimentas, para su difusión posterior, una bolsa de nylon transparente que arrojó en el suelo en el lugar, en la que se contenían 77 envoltorios con pasta base de cocaína”, sólo se identificó que la bolsa mantenía droga luego de que el sujeto la abandonara. Ahí la condena también se confirmó¹⁰. Ejemplo paradigmático son los casos de detenciones por tráficos de drogas, en que se suele indicar en las acusaciones y formalizaciones –y, por ende, en las condenas–, que los funcionarios policiales sorprenden a un sujeto portando un pesaje específico de un concreto tipo de droga, especificidades que naturalmente no van a poder haber sido percibidas de forma inmediata por los funcionarios policiales, que sólo podrán determinar aquello mediante la práctica de pruebas de campo. En tales casos también debiera considerarse que, si tales detalles sobre los objetos se determinaron después,

⁸ Corte Suprema, (9/03/2023), rol N° 31578-2022, pronunciada por ministros Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Juan Manuel Muñoz P. (suplente), María Loreto Gutiérrez A. (suplente), y la abogada integrante Leonor Etcheberry C.

⁹ Corte Suprema (18/02/2022), rol N° 39855-2021.

¹⁰ Corte Suprema (15/02/2023), rol N° 11306-2022.

entonces aseverar que los imputados fueron ‘sorprendidos’ con objetos de tales características sería infundado.

II. CONCLUSIÓN

En síntesis, la sentencia comentada adolece de un primer defecto, consistente en que la Corte considera como no fundada en la prueba ofrecida en el juicio la aseveración de que los carabineros ‘sorprendieron’ al condenado portando una bomba molotov, pues los funcionarios tomaron cuenta de que se trataba de una bomba incendiaria después de haberlo ‘sorprendido’ y de que aquél hubiere abandonado el artefacto, sin considerar la Corte que el verbo *sorprender* puede abarcar, también, la identificación posterior de la naturaleza del explosivo, aunque al momento de haber visualizado al sospechoso no la hubieren conocido. Un segundo defecto, más importante, es que incluso aunque hubiere tenido razón la Corte Suprema en su crítica lingüística y que *literalmente* lo afirmado como hecho probado no fuere coherente con lo que los funcionarios policiales realmente percibieron al momento de los hechos, ello resulta absolutamente irrelevante, en atención a que la única importancia de los ‘hechos probados’ es que incluyan las circunstancias objetivas que configuran el ilícito condenado y no cuestiones accidentales como las percepciones de testigos al momento de los hechos. Un tercer defecto es que la Corte no exija un mínimo de trascendencia para los vicios que, aunque pudieran formalmente calzar con las hipótesis del art. 374, no conlleven potencialmente un perjuicio para ninguna de las partes. Finalmente, el cuarto defecto es la inconsistencia de la misma Corte, e incluso de la misma sala, con el criterio mantenido en otros casos similares.

Generalmente, cuando los tribunales utilizan razonamientos equivocados o incoherentes, es posible identificar o presumir ciertas razones, solapadas o encubiertas, por las cuales deciden lo que deciden. Razones de ‘justicia material’, suelen denominarse, que justificarían salir de la estrechez del campo de juego fijado por las leyes, a fin de obtener un resultado materialmente justo. Ahora bien, sin perjuicio de la ilegitimidad de tales razonamientos judiciales, resulta que en el presente fallo ni siquiera es posible identificar ‘razones materiales’ no explicitadas que pudieran haber justificado que la Corte Suprema anulara *motu proprio* la condena dictada, considerando el previo rechazo que realiza de las dos causales de nulidad deducidas por la defensa. En definitiva, sólo se puede tener la esperanza de que la decisión de este caso haya obedecido a un mero lapsus y que no configure precedente alguno. Un mero traspié, a costa de los valiosos y escasísimos recursos del sistema punitivo estatal.

1. CORTE SUPREMA - DERECHO PROCESAL PENAL

Porte de bombas o artefactos incendiarios. I. Actuación de la policía, por regla general, se realiza bajo las instrucciones del Ministerio Público. Actuaciones de la policía sin orden previa. Conciliación de una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos. II. Existencia de indicio necesario para la realización del control de identidad. III. Agentes policiales no refirieron en sus atestados haber sorprendido al encartado “portando en sus manos una bomba incendiaria denominada Molotov”, como erradamente da por establecido el fallo en revisión. Fallo impugnado no explicita el proceso de valoración de las pruebas que llevó a concluir que el acusado fue sorprendido portando en sus manos una bomba incendiaria

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito consumado de porte de bombas o artefactos incendiarios, previsto y sancionado en los artículos 3º inciso 2º y 14 de la Ley sobre Control de Armas. Defensa de condenado recurre de nulidad. La Corte Suprema, actuando de oficio, invalida el fallo impugnado y el juicio que le antecedió.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de Nulidad (Anula de Oficio)*

TRIBUNAL: *Corte Suprema Segunda Sala (Penal)*

ROL: *89022-2021, de 9 de marzo de 2023*

MINISTROS: *Sr. Manuel Antonio Valderrama R., Sr. Jorge Dahm O., los Ministros Suplentes Sr. Juan Manuel Muñoz P., Sra. María Loreto Gutiérrez A., y la Abogada Integrante Sra. Leonor Etcheberry C.*

DOCTRINA

El Máximo Tribunal ha señalado que el Código Procesal Penal regula a lo largo de su normativa las funciones de la policía en relación con la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Tal regulación, en todo caso, contempla como regla general que su actuación se encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes

del Ministerio Público o de los jueces. Las disposiciones tratan de conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos, estableciéndose en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación al órgano establecido por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado y sometido a control jurisdiccional en lo referido a las medidas que afecten los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos (considerandos 6º y 7º de la sentencia de la Corte Suprema).

De la sola lectura de los hechos que se dieron por establecidos soberanamente en la sentencia aparece de manifiesto que el actuar de los funcionarios policiales se ajustó a derecho, toda vez que conforme se determinó en autos, éstos, mientras se encontraban de servicio focalizado en la población Santa Inés, comuna de Conchalí, observaron a un grupo de cinco personas, dos hombres y tres mujeres, que venían en su dirección por calle Delfos, apreciando que uno de los varones al verlos se apartó del grupo, dirigiéndose hasta la vereda, dejando una botella de cerveza a un costado de un árbol, para luego regresar con sus acompañantes. Tales antecedentes, dada su gravedad y entidad, constituyen un indicio que resultaba más que suficiente para controlar la identidad del encartado, en cuanto la conducta de éste al percibirse de la presencia policial consistente en apartarse del grupo que lo acompañaba, para dejar una botella de cerveza apoyada en un árbol y luego regresar con sus acompañantes, habilitaba a los agentes policiales para proceder de tal modo, por así disponerlo expresamente el artículo 85 del Código Procesal Penal, desestimándose, en consecuencia, la ilegalidad denunciada por la recurrente, máxime si se tiene en cuenta que antes de efectuar tal diligencia autónoma los aprehensores, al acercarse al árbol pudieron apreciar por sus sentidos que la botella en cuestión contenía un líquido de color verde y mantenía en su superficie una tela, antecedentes que les permitían presumir la vinculación del recurrente con la comisión de un hecho punible (considerando 11º de la sentencia de la Corte Suprema).

Los deponentes concuerdan en que al encontrarse con el acusado sólo pudieron observar que éste portaba una botella de cerveza en sus manos y que, al percibirse de la presencia policial, se alejó de sus acompañantes para dejar la botella en cuestión al lado de un árbol situado en la vereda. De lo anterior, se sigue que en caso alguno los agentes policiales refirieron en sus atestados haber sorprendido al encartado “portando en sus manos una bomba incendiaria denominada Molotov”, como erradamente da por establecido el fallo en revisión, máxime si se tiene en cuenta que según los dichos de los

policías, sólo una vez que el Cabo G. P. se aproximó al lugar donde el acusado había dejado la botella, pudo apreciar que ésta era de la marca “Corona” y que en su interior contenía con un líquido de color verde que no era cerveza, además de mantener adosado un trozo de tela a su boca. Así las cosas, el fallo en revisión no explicita el proceso de valoración de las pruebas que llevó a concluir que el acusado fue sorprendido portando en sus manos una bomba incendiaria, supuesto fáctico que como ya se dijo no se ajusta al mérito de las pruebas rendidas en juicio, en particular a la testimonial, consistente en el atestado de los dos funcionarios de Carabineros que participaron del procedimiento que concluyó con la detención del encartado, lo que evidencia el incumplimiento del deber de fundamentación previsto en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación al artículo 342 letra c) del mismo cuerpo legal. Tal falta de fundamentación, obliga a anular el juicio y la sentencia, porque importa un motivo absoluto que “siempre” genera invalidación, condiciones que justifican obrar de oficio (considerandos 20º a 22º de la sentencia de la Corte Suprema).

Cita online: CL/JUR/10408/2023

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 83, 85, 297, 342 letra c), 374 374 letra e) del Código Procesal Penal; artículos 3º y 14 del Decreto Supremo N° 400, del Ministerio de Defensa Nacional, Fija texto refundido coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.798.

POLÍTICA CRIMINAL

EL VALOR DEL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD EN LA ERA POSMODERNA

GABRIELE FORNASARI*

Universidad de Trento

En el momento en que el país de cuya hospitalidad disfruto, que desde algunos años siento ya como mi segunda patria, enfrenta un desafío estimulante y epónimo como es darse, por voluntad popular, una nueva Constitución que refleje su definitivo tránsito hacia los ordenamientos democráticos, creo que puede constituir una contribución pequeña pero válida de un jurista extranjero en un congreso de penalistas como este, ofrecer una reflexión acerca de un principio penal de relieve constitucional cual es el principio de ofensividad, sobre el que, sin embargo, a veces se formula reparos sobre su verdadera capacidad de funcionar como filtro selectivo de la actividad del legislador y criterio para la actividad interpretativa del juez.

En el desarrollo de esta conferencia, pues, habrá que partir de un examen sintético de las raíces históricas del principio, entender su *ratio* en la armazón teórica del Derecho penal liberal, examinar las dudas de quienes lo consideran inadecuado en la era de la posmodernidad y, finalmente, enunciar, si los hubiere, los argumentos a favor de este principio y de su relevancia constitucional, a semejanza de columnas consolidadas como el principio de legalidad y el principio de culpabilidad.

Naturalmente, en mi análisis partiré de la experiencia de mi país, donde la discusión de este tema, uno de los *topoi* del siglo XX, ha sido y sigue siendo muy intensa. No obstante, estimo que los conceptos que desarrollaré poseen una extensión que seguramente trasciende el ámbito nacional y puede referirse a un discurso universal sobre el Derecho penal y su papel entre las formas de control social. Además, estimo que no solamente el tradicional debate del novecientos sobre este tema habla en un lenguaje comprensible en toda el área cultural occidental; también los fenómenos “posmodernos” que en los últimos años se oponen a la valoración del principio de ofensividad, esto es, el populismo

* Profesor ordinario (titular) de Derecho penal en la Universidad de Trento. El texto fue leído el 5 de octubre de 2022 como conferencia inaugural de las XVIII Jornadas Chilenas de Derecho penal y Ciencias penales, realizadas en la Universidad de Valparaíso. Lo tradujo al castellano el profesor JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA.

penal y la justicia mediática, representan, a su vez, realidades no circunscritas a determinadas áreas territoriales.

En la bibliografía penal italiana el principio de ofensividad surgió y se desarrolló, como canon de política criminal y criterio hermenéutico, sobre todo durante los años en que se desenvolvía el proceso de constitucionalización del Derecho penal, que debía emancipar el Derecho positivo heredado del fascismo, adecuándolo a los fundamentos garantistas del Estado democrático de Derecho. Mérito de algunos penalistas de la primera generación no comprometida con el fascismo, especialmente Franco Bricola, fue haber iniciado una construcción teórica del Derecho penal que, procurando insertar en el principio de legalidad también la aspiración de fragmentariedad y selectividad, partió de la elaboración alemana del bien jurídico (que ya era conocida en Italia), pero con un elemento de gran originalidad (en parte, común al contemporáneo planeamiento de Walter Sax sobre la relación entre *Tatbestand* y bien jurídico), a saber, la vinculación necesaria de la producción legislativa de normas incriminadoras a la tutela de bienes de relevancia constitucional, explícita o implícita, y la imposición judicial de no condenar a autores de hechos conforme al tipo, pero concretamente inofensivos.

A la luz de estas premisas, era fundamental el papel de la Corte Constitucional, que habría debido declarar la ilegitimidad de los tipos delictivos que no lesionaran un bien jurídico constitucional, y de la Corte Suprema de Casación, que habría debido anular por vicio de legitimidad las sentencias condenatorias pronunciadas por los tribunales respecto de conductas que, pese a corresponder en abstracto a un tipo legal, no tenían la aptitud de producir un daño al bien jurídico. La teoría tuvo cierto éxito en la doctrina más progresista, en la medida que representaba bien la muy sentida exigencia de selectividad del sistema penal, frente a un Código penal de matriz autoritaria y clasista en que se presentaban muchas normas con que tutelar la mera posición de quienes detentan el poder o pretendidos valores morales, o dirigidas simplemente a reprimir el disenso político.

Si este era el cuadro de la situación en los años sesenta y setenta del siglo pasado, ahora debemos en perspectiva formularnos una pregunta. ¿Podemos decir que el principio de ofensividad y la concepción crítica del bien jurídico son parte de un relato del novecientos que hoy parece anacrónico y sobre el cual valdría la pena tender definitivamente un velo de desencanto? La observación de la realidad italiana, y no sólo ella, suscita la fuerte tentación de dar una respuesta afirmativa a la pregunta. En efecto, ¿qué hay de la idea del delito como hecho concretamente ofensivo de bienes jurídicos de particular relevancia, no puramente idealizados, en una situación espiritual como es la del nuevo milenio, en que parecen reinar sin contraste fenómenos de legislación esquizofrénica,

simbólica, hiper-punitiva, a menudo desvinculada de piedras angulares como la *ultima ratio*, el laicismo y la proporción? ¿Es aún concebible un discurso sobre el control de las técnicas de tutela penal, en circunstancias que el peligro abstracto parece ya aceptado incluso en su forma de peligro presunto y, es más, ni siquiera aparece como una anticipación extrema de la tutela, desde el momento que ganan espacio, sea en la legislación que, en la jurisprudencia, hipótesis de Derecho penal funcionales a la mera precaución (o sea, frente a la posibilidad no establecida científicamente de la existencia de un peligro)? Y entonces, aquella narración del novocientos, ¿es digna de ser nuevamente propuesta, si bien actualizada, o habría que colocarla en la bodega de teorías que se cita por su valor puramente histórico? Corriendo el riesgo de emprender una batalla de retaguardia y así sea contra la evidencia de los hechos, trataré de proponer argumentos en defensa de las buenas razones de la actualidad del principio de ofensividad, en sus diversas declinaciones, también para la realidad posmoderna en que estamos inmersos.

Prescindiendo de los aspectos singulares problemáticos, el contexto general de que parten las posiciones más desencantadas puede ser resumido en la desilusión derivada de los escasos efectos que la concepción constitucionalmente orientada del bien jurídico, y el consiguiente modelo fuerte de ofensividad, como instrumento de selección de los bienes susceptibles de tutela e instrumento de control y crítica de la actividad del legislador, han producido en la realidad, realidad que muestra a un legislador que se siente perfectamente libre para ignorar toda instancia de valor prejurídico o constitucionalmente orientada, y a una Corte Constitucional no muy inclinada a ligar la ilegitimidad de una disposición penal a su falta de ofensividad. En parte diferente es el discurso sobre el empleo del canon de ofensividad en clave hermenéutica, esto es, como criterio de selección por parte del juez de las conductas concretamente punibles; aquí, sólo quien no quiera ver podría afirmar que el principio de ofensividad no ha tenido consecuencias, las que hoy, a la luz de la experiencia italiana, tampoco son consecuencias marginales.

Comencemos por el primer criterio de la crítica, el más radical. El principio de ofensividad, en su modalidad fuerte, en el hecho no ha funcionado como criterio vinculante de legitimación del Derecho penal; el bien jurídico no orienta al legislador; la Corte Constitucional no recurre a él por el temor de que se la acuse de transformarse en un peligroso legislador en las sombras, no dotado de legitimidad democrática. En cuanto al juez ordinario, es bueno que no acuda al principio, evitando incurrir en violaciones del principio de legalidad si reescribe indebidamente las normas a su gusto. Estas observaciones no carecen de fundamentos relevantes, en absoluto; pero, a mi juicio, no resuelven, sino más bien generan un problema. Podríamos plantear tres escenarios si nos detenemos

a considerar este dato de la realidad, el que, por lo demás, veremos que es al menos parcialmente desmentido.

Podríamos anular el deber ser dentro del ser, resignándonos al hecho de que está bien así. Como Calígula, que hizo a su caballo senador, el legislador no estaría sujeto a vínculos contenedores y, por tanto, podría establecer como delito cualquier conducta con tal que respete los principios de legalidad y culpabilidad y, a lo menos, un genérico canon de proporción, hecho lo cual quedaría a cubierto de todo control de constitucionalidad. En seguida, podríamos recorrer el camino, caro al pensamiento funcionalista, de negar ideológicamente todo relieve al propio concepto de bien jurídico, o sea, desmentir la afirmación, tradicional en los manuales de Derecho penal, de que éste cumple la tarea de proteger bienes jurídicos, sosteniendo, con Günther Jakobs, por ejemplo, que su papel es confirmar y estabilizar la validez de las normas, según un círculo autorreferente que excluye radicalmente la posibilidad de toda crítica y, en cambio, puede abrir la perspectiva de un Derecho penal del enemigo. Por último, se podría buscar itinerarios alternativos a la luz de la observación de experiencias diferentes, y es lo que han hecho quienes miran con interés el ámbito del *common law*, formulando más o menos radicalmente la hipótesis de substituir el “dogma” del bien jurídico por el *harm principle*, planteado iusfilosófica o penalmente a partir de la clásica concepción liberal de John Stuart Mill.

La resignación y el desencanto que animan la primera alternativa mencionada son comprensibles, por cierto; pero creo que quien ha elegido el camino de la investigación científica y la enseñanza universitaria, esto es, la formación de jóvenes juristas y ciudadanos, tiene el deber de no arrellanarse en la cómoda constatación de que no hay nada que hacer. La visión funcionalista del Derecho penal tiene una fuerte capacidad de retratar fotográficamente la realidad y explicar sus conexiones, pero, de hecho, evita plantearse problemas de legitimación y, por tanto, no piensa poner freno alguno a cualesquiera modelos de política penal. En cambio, el modelo más interesante y prometedor es el que se abre a la tercera perspectiva, caracterizada por la atención que presta al modelo de legitimación de estampa anglosajona.

Del análisis del monumental edificio especulativo construido por Joel Feinberg emerge la propuesta de considerar atentamente el modelo del *harm principle*, en vez del planteamiento europeo-continental ligado al concepto de bien jurídico, como fundamento legitimador de la intervención penal, a la luz de su mayor capacidad de servir concretamente como criterio selectivo respecto del bien jurídico, cuya muy limitada capacidad se debe a la vaguedad y abstracción de este concepto. La idea de un Derecho penal vinculado a la punición de conductas que provoquen un daño a otros parece, pues, más funcional al respeto del principio de fondo que subyace en nuestra exigencia de ofensividad,

habida cuenta de la mayor precisión con que este parámetro puede establecer límites. Como se sabe, la concepción de Feinberg, más que una teoría penalista *tout court*, es una teoría de la justicia, más precisamente, una teoría del límite entre Derecho y moral, y sus implicaciones nos llevarían demasiado lejos de nuestro tema. Sin embargo, mirando su significado penal, ya en un primer examen se descubre que no circunscribe la legitimación del Derecho penal a los casos de un daño a otros, sino que, siendo en esto heterodoxa respecto del riguroso liberalismo de Mill, va mucho más allá y admite sin grandes reservas elementos de paternalismo y de moralismo penal. Además, admite junto al *harm principle*, el *offense principle*, mucho más elástico al reconocer legitimación a un Derecho penal que castiga meras molestias y tutela sentimientos que se identifican con los conceptos de estorbo, fastidio, embarazo, placer, humillación, inquietud, ansia, disgusto, vergüenza, náusea y otros semejantes, por tanto, algo que es mucho menos de una *injury* o un *harm*. Esta modulación, más articulada, torna al planteamiento más adecuado para el conjunto de las instancias punitivas de la sociedad actual, pero dificulta circunscribir *ex ante* el perímetro de lo penalmente relevante, según lo demuestran estudios recientes sobre el Derecho inglés o estadounidense, los que evidencian que estos ordenamientos dejan amplio espacio a normas penales establecidas exclusivamente para tutelar valores morales y a interpretaciones ligadas a la condena de meros modos de ser, cual han relevado en la doctrina italiana estudiosos como Massimo Donini y Cristina de Maglie. Finalmente, se puede señalar que el *harm principle* presenta otra desventaja significativa respecto de la concepción continental de la ofensividad, a saber, que se ofrece exclusivamente como elemento de delimitación en abstracto, esto es, de legitimación del Derecho penal, pero no cumple el papel de instrumento interpretativo de las normas vigentes.

Entonces, cabe preguntarse lo siguiente: si estas perspectivas abren escenarios no menos problemáticos que el implicado por la apelación a un modelo fuerte de ofensividad, ¿debemos concluir que habría que abandonarlo sólo porque no se consigue hallar algo mejor? Antes de responder, es necesario verificar –sirviéndonos del viejo esquema expresivo de Armin Kaufmann– qué está vivo y qué está muerto en el modelo fuerte del principio de ofensividad; metáforas aparte, si su rendimiento ha sido realmente nulo o, en cambio, hay motivos que nos alientan a replantearlo teóricamente en el contexto histórico de la posmodernidad, diverso y complejo, recordando que se trata de un proyecto cultural, antes que penalista, cuyo fundamento es un estatuto epistemológico del castigo ligado todo lo posible a criterios de selección rigurosos y verificables, amén de compatibles con la estructura de un Estado de Derecho.

Comencemos entrando en el fondo de alguna objeción preliminar. Que la teoría crítica que fundamenta el principio constitucional de ofensividad no

haya podido en muchos momentos históricos condicionar las decisiones criminalizadoras del legislador, es un dato evidente. Si no fuese así, no tendríamos delitos de inmigración irregular, pornografía infantil virtual, autoadiestramiento para el terrorismo o la agravante de negacionismo, respecto de todo lo cual los intentos de identificar la ofensa a un bien jurídico recuerdan el arte de trepar por espejos. El legislador, pues, a menudo se ha inclinado hacia técnicas de incriminación muy distantes de aquel principio, privilegiando en muchas ocasiones vertiginosas anticipaciones de la tutela, imponiendo puntos de vista éticos, etc., confiando plenamente en que habría filas de comentadores dispuestos a encontrar allí bienes jurídicos, frecuentemente bajo la égida tranquilizadora del supremo interés de la seguridad, que no es en absoluto un bien jurídico, sino a lo sumo la esencia misma que habilita al Derecho penal según el esquema lógico del contrato social, pero que entendida así esconde en realidad la aspiración de una sociedad de riesgo cero, algo que no es sólo una utopía, sino una de las utopías más inquietantes, como bien recuerda una estudiosa del calibre de Mireille Delmas-Marty.

Hasta aquí, pues, el balance es poco reconfortante. Sin embargo, no es ilegítimo preguntarse si la concepción fuerte de la ofensividad, una vez que se la propone con argumentos adecuados para hacerla penetrar en las decisiones políticas, podría contribuir a dar mayor fundamento racional a las opciones en que descansan las reformas penales. Algún contraargumento más se puede oponer a la tradicional acusación de querer deducir la parrilla de bienes tutelables a partir de un catálogo fijo y, en ciertos aspectos, incompleto como la Constitución, con la consecuencia de no poder adecuar el Derecho penal según las mudanzas de la realidad, que pueden imponer la necesidad de proteger bienes de surgimiento inédito que no están mencionados a nivel constitucional. Mientras es evidente que un elenco taxativo e inequívoco de bienes merecedores de tutela es un objetivo inalcanzable, dado que también las normas y los principios constitucionales están sujetos a interpretación, seguramente que hay instrumentos funcionales a que la Constitución se aadecue a la realidad. A parte del caso de las modificaciones de su texto, ya Bricola rechazó la imagen de la vitrina en que se expone bellamente ordenados los bienes por proteger y legitimaba la tutela penal de bienes de implícito relieve constitucional; además, no hay dificultades para sostener la posibilidad de una interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales, motivada a su vez por un nuevo modo de concebir los conceptos y valores contenidos en ellas. Nada de subversivo existe en esto. Se trata del trabajo normal del jurista, y nadie podría oponerse, por ejemplo, a que hoy demos una connotación diferente de la de los padres constituyentes, a conceptos como la familia y las buenas costumbres. En seguida, hoy se agrega otro argumento fuerte a la gama de consideraciones favorables a la

posibilidad de actualizar, sin implicaciones subversivas, el catálogo de bienes de relevancia constitucional. Es la adecuación del ordenamiento interno a las obligaciones internacionales, merced a la cual se recibe ese conjunto de principios y derechos cuya sede original son tratados y convenciones internacionales, y la jurisprudencia formada al respecto. Luego, a veces se advierte que el principio de ofensividad, amén de ser descuidado por el legislador, tampoco ha dejado su impronta en la jurisprudencia. La jurisprudencia constitucional, en sede de control de legitimidad, ha recurrido a él en casos esporádicos y de manera indirecta; la jurisprudencia ordinaria lo ha utilizado para resolver casos de significado más bien marginal.

Sin embargo, estas afirmaciones no son indiscutibles, a lo menos por tres razones. En primer lugar, no me parece correcto medir el valor de un principio ordenador sobre la base de la cantidad de casos en que es invocado. Si fuese así, perderían significativo relieve principios constitucionales que nadie a mi juicio pondría en discusión, como los de taxatividad y culpabilidad, cuyas aplicaciones ante los jueces constitucionales u ordinarios no son para nada frecuentes. En seguida, no parece tampoco insignificante el impacto que el principio ha tenido en los órganos judiciales. La Corte Constitucional se ha valido en varias ocasiones de la ofensividad para fundamentar sus sentencias. Es verdad que ha sido más frecuente el recurso a los parámetros menos comprometidos de la razonabilidad y la proporción; pero a éstas no es ajeno en absoluto el trasfondo que anima al principio de ofensividad. Tampoco es masiva la jurisprudencia de los tribunales ordinarios que aplica el principio de ofensividad; pero su relativa infrecuencia va de la mano con la efectiva infrecuencia de las hipótesis en que se discute una conducta que quepa considerar inofensiva, supuesto que exista correspondencia con la figura típica. En todo caso, hay que subrayar que si en el pasado tales sentencias concernían principalmente a hechos de bagatela contra el patrimonio o la fe pública, últimamente el campo se ha ampliado y llega a sectores acaso imprevisibles. En efecto, la Casación ha declarado la falta de ofensividad en un caso de evasión impropia, en otro de difusión de noticias falsas capaces de provocar una alteración del precio de instrumentos financieros, en uno de publicación arbitraria de actos de un proceso penal (en este, fue el pleno de la Corte de Casación) y en diferentes casos de cultivo de substancias estupefacientes, empleando razonamientos muy precisos dedicados a la ausencia de lesión de un bien jurídico.

Al respecto, una palabra autorizada pronunció el pleno de la Corte en la sentencia de 2016 a propósito de la publicación arbitraria de actos de un proceso penal, donde menciona de modo inequívoco el papel del principio de ofensividad como canon interpretativo unánimemente aceptado (refiriéndose a una argumentación análoga de la Corte Constitucional), cuya consecuencia en

el caso juzgado es una orientación que impone al juez valorar los efectos de la publicación arbitraria para apreciar la existencia del delito –consecuencia obligada de una lectura constitucionalmente orientada de las normas en cuestión–, y, en general, asume como Derecho viviente el establecimiento de la idoneidad lesiva de la conducta según el criterio de la necesaria ofensividad, de suerte que el juez que lo efectúa no realiza una excepción a la disciplina normativa, sino que, al contrario, hace la debida aplicación de un instrumento hermenéutico que hay que considerar como expresión de los principios constitucionales de igualdad y legalidad. Otras sentencias han seguido después esta línea, por lo cual no se puede decir que la jurisprudencia ordinaria sea indiferente al principio de ofensividad.

Por último, si es verdad que la Corte Constitucional adopta un decidido *self restraint* en el uso explícito del principio cuando decide sobre la legitimidad de las normas penales, también es cierto que las referencias, menos comprometedoras y más frecuentes, a la razonabilidad y la proporción involucran dos principios que, aunque no lo agotan, llevan en germen el de ofensividad. En otras palabras, la ofensividad, incluso cuando no es mencionada expresamente, inerva a menudo el modo de argumentar del juez constitucional, lo que deja acaso la impresión de que, haciendo así, la Corte procura ponerse al reparo de la eventual acusación de convertirse subrepticiamente en legislador mediante el control de opciones políticas, algo que en efecto no le corresponde.

Así, pues, hace más de veinte años que se precisa que el principio de ofensividad es límite de jerarquía constitucional a la discrecionalidad del legislador ordinario en la persecución penal de conductas signadas por un juicio de desvalor, límite que hay que considerar operante, sea en el momento de la previsión normativa abstracta, sea en la aplicación concreta por parte del juez. Y si en los primeros pronunciamientos la ofensividad sirvió aún de *ratio de fondo* en soporte de otros principios y, allende las afirmaciones explícitas de su valor, no era todavía la causa de declaración de ilegitimidad, desde 2002, en una sentencia que condujo a la declaración de ilegitimidad de la norma que castigaba la embriaguez manifiesta por parte de un sujeto condenado antes por un delito no culposo contra la vida o la inculmidad individual, el principio de ofensividad, en expresa relación con el principio de legalidad como parte de los valores conexos a la dignidad humana, ha sido cargado con la fuerza demosttrativa necesaria para fundamentar la declaración de ilegitimidad, en cuanto límite que impide que la calidad de condenado por determinados hechos pueda convertir en delito actos que no tendrían tal calificación para otros sujetos, esto es, la incriminación de un tipo de autor. Análogamente, una sentencia de 2010 relaciona de modo expreso la abrogación de la agravante de clandestinidad al principio de ofensividad, elevando a arco toral de la argumentación el aserto

de que la previsión considerada allí lo hiere desde el momento que no permite configurar la conducta ilícita como más gravemente ofensiva del bien jurídico protegido, sino que sirve para connotar una calidad negativa general y presunta de su autor. Y hay más. En sentencias todavía más recientes la Corte, por ejemplo, en materia de *stalking* y delitos tributarios, da un paso más y confía al juez ordinario la tarea de ser filtro, de circunscribir el área de la tipicidad de la conducta penalmente relevante, sobre todo en los casos de dudosa ofensividad del tipo en abstracto, pero relevando también el canon hermenéutico de la ofensividad en concreto, que hay que reconocer ya como auxilio interpretativo de común aceptación. De suerte que sería considerada ilegítima por defecto de ofensividad aquella disposición cuya descripción típica comprende única o prevalentemente conductas que no pueden lesionar bien jurídico alguno.

En esta jurisprudencia, la Corte subraya también, en pasajes que son mucho más que *obiter dicta*, que frente al principio de ofensividad están obligados tanto el juez que aplica la ley como el legislador que la escribe. Se diría, pues, que ha pasado de principio argumentativo a principio demostrativo. Claro es que está por verse cuál efecto vinculante tendrá esta apelación en el legislador, que parece ser el sujeto más recalcitrante a atribuir importancia a la ofensividad. No obstante, una pequeña señal positiva viene de la introducción al Código penal de una disposición ya presente en diversos ordenamientos y, en el italiano, dentro del sector del Derecho de menores y la justicia de paz, a saber, la causa de no punibilidad ligada a la particular tenuidad del hecho, que ciertamente halla su fundamento en la ofensividad y se refiere a la existencia de comportamientos humanos correspondientes a la descripción del supuesto típico, pero caracterizados por un nivel muy modesto de ofensa al bien tutelado. Esto es, se tomó en cuenta que la ofensa es un elemento del hecho y que su escasa relevancia, en ciertas condiciones, puede determinar la no punibilidad. Siendo así, con mayor razón debe resultar impune la ofensa no ya poco relevante, sino nula, algo que puede ocurrir, pese al cuidado que haya podido poner el legislador en la descripción del tipo. Esto aparte, la intervención del legislador italiano fue muy tímida. Inexplicablemente, excluyó de la causa de no punibilidad algunas situaciones ligadas a características del autor que no tienen nada que ver con la gravedad del hecho. Con todo, se puede decir que el precepto va en la dirección correcta.

Pero no siempre es así. De hecho, el punto que sigue sin atender, realmente doliente, es el de la vinculación del legislador a la ofensividad en el momento de redactar los tipos incriminadores. En otras palabras, se trata de ver si es legítimo (y quién lo podría controlar) acudir a técnicas de tutela muy anticipadas, disposiciones extremadamente subjetivizadas y en potencial conflicto con derechos y libertades garantidos por la Constitución, referencias explícitas o

implícitas a bienes jurídicos enteramente formalizados o inasibles (o a entidades que no pueden ser consideradas bienes jurídicos, a lo menos en el sentido liberal del término) o, en fin, en la terminología anglosajona, previsiones normativas basadas en conductas inidóneas para producir un daño a otros y que se reducen a meras molestias, a veces ni siquiera éstas.

Ahora bien, en rigor un legislador puede escribir lo que quiera y no hay mecanismo automático alguno capaz de bloquear en su nacimiento actividades suyas que no respeten límites externos. En un sistema balanceado de pesos y contrapesos hay órganos de control, en el caso italiano, la Corte Constitucional, a los que corresponde devolver las cosas dentro de sus límites, aunque siempre con el obstáculo, debido a razones de equilibrio institucional, de no poder invadirlos. En el plano estrictamente jurídico no hay más que hacer, al menos en tanto el legislador no llegue al extremo de establecer normas vejatorias de derechos constitucionales, caso en el cual se podrá invocar otras instancias, de carácter supranacional, como las Cortes de derechos humanos, que sabemos son muy activas en Europa y América, o la intervención del presidente de la República, que puede rechazar la promulgación.

Por lo tanto, de aquí en adelante se trata de una batalla cultural, cuyo destino depende de los argumentos y del prestigio de quien la conduce. En este momento histórico, la batalla cultural es particularmente difícil, porque los buenos argumentos en favor del vínculo del legislador al principio constitucional de ofensividad son poco escuchados en medio de las voces ensordecedoras que invocan emergencias reales o presuntas, además de heterogéneas, pues van desde el terrorismo internacional a la pandemia. A esto se agrega la entonación populista asumida por las políticas penales en muchos países, cuya orientación no es seleccionar, sino expandir el área de lo penal con el propósito de medrar de fáciles consensos electorales, voces que impostan con ello una tendencia autoritaria. En seguida, una política populista se conjuga perfectamente con la explosiva novedad de la justicia mediática, que quiere procesos veloces, condenas ciertas y ejemplares, tipos de autor adaptados a la representación social de un mundo dividido entre “nosotros” y “ellos”, por tanto, insufrible ante un Derecho penal que se circunscribe a la punición de hechos dañosos, no se extiende a la violación de sentimientos y respeta las tradicionales instancias garantistas.

Sin embargo, aun teniendo en cuenta todo esto, no hay otras vías de escape. Es verdad que, desgraciadamente, a la actitud de resignación y desencanto no es factible oponer fórmulas mágicas en la arquitectura institucional o la específicamente penal, capaces de inducir al legislador a que ciña su actividad dentro de los límites de la tutela de bienes jurídicos de particular relevancia. Pero, conscientes de esto, hay que recordar también que en lo penal todos los

principios constitucionales hoy reconocidos pasaron un largo y complejo decurso antes de poder afirmarse, y ciertamente que tampoco quedaron entonces encerrados en una fortaleza inexpugnable a la presión de hechos contingentes. Por lo mismo, es necesario retomar humildemente la elaboración de una capacidad crítica, actualizada respecto del siglo XX, pero sin olvidar la lección que este siglo nos dejó.

El principio de ofensividad tiene un *humus* cultural compuesto de *ultima ratio*, fragmentariedad, laicismo, materialidad, y está indisolublemente ligado a los principios consolidados de legalidad y culpabilidad, de los que representa un corolario necesario y funcional a la afirmación del Estado de Derecho. Además, con su significado fuertemente dirigido a introducir un elemento de selectividad del perímetro penal, este principio se relaciona con el tema de la cárcel, hoy dramático. Por doquier el encarcelamiento masivo produce efectos inhumanos y contradice frontalmente toda esperanza de recuperación social de los condenados (y hablo aquí de un principio que en Italia está reconocido constitucionalmente), es más, incrementa la potencial criminalidad de quien alguna vez realizó una conducta formalmente ilícita, pero de modesto contenido lesivo, y restituye así a la sociedad un sujeto más peligroso del que entró a la cárcel.

Una afirmación del principio de ofensividad, tanto en las opciones legislativas como en las del intérprete, abriría una perspectiva de humanización (o de menor deshumanización) del universo carcelario, dejando la solución de los conflictos de baja intensidad a instrumentos menos invasivos que el Derecho penal y alimentando la esperanza de una razonable realización del principio de resocialización del condenado, por lo menos en la forma de una oferta de posibilidades de recuperarlo, algo que en el momento actual es muy difícil, salvo en situaciones marginales. No obstante, fenómenos como el populismo penal, la búsqueda de un fácil consenso social secundando pulsiones irracionales de los coasociados con la promesa de una palingenesia confiada a la hipertrofia penal, y la justicia mediática, una administración paralela de la justicia penal a través de los medios de comunicación y redes sociales que pretende conclusiones veloces, enemigos de fácil condena y repugna del sistema de garantías del Derecho penal moderno, ponen hoy bajo ataque, con un designio autoritario muy preciso, el Derecho penal liberal del bien jurídico. Entonces, es indispensable armarse de la misma valentía que poseyeron los penalistas que durante el siglo XX, teniendo en vista la afirmación del principio de ofensividad, se esforzaron por invertir el paradigma de un Derecho penal empleado por las clases dominantes como instrumento incontrolado de afirmación de su propio poder, paradigma que se propone peligrosamente de nuevo en nuestros días.

¿EN QUÉ MEDIDA LA REFORMA QUE INTRODUCE LA NUEVA LEY
DE DELITOS ECONÓMICOS AUTOMATIZA LA ATRIBUCIÓN
DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS?*

XIMENA MARCAZZOLO AWAD**

Universidad del Desarrollo

DIVA SERRA CRUZ

Universidad de Concepción

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El catálogo de delitos por los que responde la persona jurídica. 3. El reemplazo del criterio del interés o beneficio por la exclusión en el caso que el delito se perpetre exclusivamente en contra de la propia persona jurídica. 4. La evidente ampliación del círculo de sujetos relevantes para la atribución de responsabilidad penal. 5. De la responsabilidad penal de las personas jurídicas fundada en el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión a su delimitación en base a un modelo de prevención de delitos. 6. Los nuevos elementos mínimos del modelo de prevención de delitos. 7. De la causalidad vía consecuencia a la facilitación o favorecimiento. 8. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Nueva ley de delitos económicos, responsabilidad penal de las personas jurídicas, criterios de atribución de responsabilidad, modelo de prevención.

I. INTRODUCCIÓN

En la doctrina y la jurisprudencia comparada, con mucha más claridad que en la doctrina nacional, se ha evidenciado que un ejercicio de atribución de responsabilidad penal basado en un automatismo objetivista es inadmisible porque ello respondería más bien a una declaración de responsabilidad civil que a una declaración de responsabilidad penal¹, ello especialmente, porque

* El trabajo corresponde a un capítulo del libro “Compliance Sectorial” de Editorial Tirant lo Blanch y Universidad del Desarrollo.

** Agradecimientos al proyecto Fondecyt iniciación N° 11230259 denominado las “penas contra personas jurídicas y autorregulación”.

¹ GÓMEZ-JARA, Carlos. *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Pamplona: Aranzadi, (2019), p. 50.

esta última debe basarse siempre –de acuerdo con las afirmaciones del propio Tribunal Supremo español– en los principios irrenunciables que informan el derecho penal². Ahora bien, sin intentar profundizar en discusiones sobre el alcance que el respeto de dichos principios debe tener en el caso de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, lo que se pretende hacer en el presente trabajo es responder reflexivamente a la pregunta que lo titula, es decir, en qué medida la nueva ley de delitos económicos automatiza la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en relación con el régimen previamente vigente recogido en el texto original de la Ley N° 20.393.

En este sentido es importante tener presente que de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 de la Ley N° 21.595 denominada Ley de Delitos Económicos³ (en adelante LDE), esta entró en vigencia el día de su publicación 17 de agosto de 2023⁴, salvo por las modificaciones que el artículo 50 de la ley introduce en la Ley N° 20.393 que implicará, entre otras cuestiones, una reforma significativa en varios aspectos sustanciales del régimen recogido por el ordenamiento jurídico nacional en materia de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. De este modo, nos encontramos ante la inminente entrada en vigencia de un nuevo estatuto en la materia que no solo reemplaza el concepto de atribución de responsabilidad penal por el de presupuestos, sino que, además, transforma total o parcialmente, cada uno de los elementos –hasta ahora– conocidos como criterios de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Por ello, el objetivo de este trabajo es analizar una a una estas modificaciones, pronunciándose en cada caso si ellas suponen una automatización de la imputación o no, siempre con miras a contribuir a una interpretación de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas que, en línea con la afirmación emanada del Tribunal Supremo Español, respete por vía del ejercicio reflexivo, los principios esenciales del derecho penal, incluso cuando el responsable sea una entidad colectiva.

² Tribunal Supremo español 2 de septiembre de 2015, RJ 2015, 3974.

³ El día 17 de agosto de 2023 se publicó en el Diario Oficial la Ley de Delitos Económicos que modifica el Código Penal y otros cuerpos legales en materia de delitos económicos, responsabilidad penal de las personas jurídicas y delitos medioambientales.

⁴ Algunas de estas modificaciones son: el establecimiento de un nuevo sistema de determinación de la pena para las personas naturales declaradas culpables por la comisión de un delito económico, la aplicación de una pena adicional de multa y otra de inhabilitación, nuevos requisitos para la concesión de penas sustitutivas y la supresión de algunas de estas respecto de los delitos catalogados como tales.

II. EL CATÁLOGO DE DELITOS POR LOS QUE RESPONDE LA PERSONA JURÍDICA

De acuerdo con lo establecido en el artículo 3º de la Ley N° 20.393, las personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico responden desde la dictación de la ley de referencia, sólo por la comisión de un número determinado y taxativo de delitos contenidos en el catálogo del artículo 1 del mismo cuerpo legislativo. Esto implica a su vez que, en el resto de los casos, se haya mantenido vigente el aforismo jurídico ‘*societas delinquere non potest*’ recogido en el artículo 58 de nuestro Código Procesal Penal en virtud del cual se entiende que “por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare”⁵.

Sin embargo, es interesante analizar cómo este catálogo ha ido evolucionando rápidamente con el paso de los años, constituyendo el espacio más reformado de la Ley N° 20.393 desde su dictación el año 2009, alcanzando un total de ocho reformas en menos de quince años de vigencia, sin contar con la gran reforma que supone la nueva Ley N° 21.595 de delitos económicos.

Recapitulando, el catálogo original vigente entre diciembre del año 2009 y julio del año 2016, incluía únicamente tres delitos que, además, daban el nombre a la ley⁶. Estas figuras eran el lavado de activos (artículo 27 de la Ley N° 19.913), el financiamiento del terrorismo (artículo 8º de la Ley N° 18.314) y los delitos de cohecho que se indicaban (artículos 250 y 251 bis). Posteriormente, el 5 de julio de 2016, la Ley N° 20.931 incluyó en el catálogo el delito de receptación del artículo 456 bis A del Código Penal, permaneciendo sólo esas cuatro figuras hasta el año 2018, cuando la Ley N° 21.121 que introdujo una serie de modificaciones en la legislación nacional para prevenir, detectar y perseguir la corrupción, conjuntamente con crear nuevas figuras –como la corrupción entre particulares (artículos 287 bis y ter del Código Penal) o la administración desleal–, reformó el catálogo para incluir el delito de negociaciones incompatibles (artículo 240 del Código Penal), el delito de corrupción entre particulares (artículos 287 bis y 287 ter del Código Penal), el delito de

⁵ Texto del inciso segundo del art. 58 del Código Procesal Penal chileno.

⁶ La Ley N° 20.393 originariamente se titulaba ley que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. Esto cambió por medio de la Ley N° 21.132 de 31 de enero de 2019, que sustituye el nombre de la ley por ley que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica.

apropiación indebida (artículo 470 N° 1 del Código Penal) y el nuevo delito de administración desleal (artículo 470 N° 11 del Código Penal).

Al año siguiente, mediante la Ley N° 21.132 de 31 de enero de 2019, se incluyeron los delitos contenidos en los artículos 136, 139, 139 *bis* y 139 *ter* de la Ley General de Pesca y Acuicultura. Luego el 20 de junio del año 2020, a propósito de la crisis sanitaria producida por el COVID 19, la Ley N° 21.240 que introdujo dos nuevas figuras en los artículos 318 *bis* y *ter* del Código Penal con el objetivo de sancionar la inobservancia del aislamiento u otra medida preventiva dispuesta por la autoridad sanitaria en caso de epidemia o pandemia, nuevamente modificó el catálogo para incluir el delito del nuevo artículo 318 *ter* del Código Penal⁷.

El 20 de abril del año 2021, la Ley N° 21.325 conocida como nueva Ley de Migración y Extranjería, incorporó al catálogo la figura de la trata de personas (artículo 411 *quáter* del Código Penal), y el año 2022 la velocidad de las modificaciones se acelera, incorporando nuevas figuras en tres ocasiones. El 25 de enero, los delitos contenidos en el Título II de la Ley N° 17.798 sobre control de armas, el 20 de junio, si bien con una entrada en vigencia diferida⁸, las nuevas figuras sobre delitos informáticos y, finalmente, el 27 de septiembre, mediante la Ley N° 21.488, las dos nuevas figuras sobre sustracción de maderas contenidas en los artículos 448 *septies* y 448 *octies* del Código Penal.

Estas reformas permanentes, cada vez más frecuentes, demuestran no sólo la relevancia que adquiere con el paso de los años la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en un ordenamiento jurídico que camina desde lo clásico hacia lo complejo, sino también la urgencia que representa para el mundo empresarial la actualización de modelos de prevención, con el objetivo de permanecer al día de frente a futuros procesos penales.

En este sentido, vale la pena recordar que uno de los grandes argumentos para abrir la puerta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es que esta tiene un “obvio efecto preventivo al estimular a quienes ostentan funciones de dirección a implementar sistemas de operar en el mercado que sean respetuosos con la legalidad jurídico penal”⁹. De este modo, aun cuando la prevención no sea la única finalidad que se le reconoce al *criminal compliance*

⁷ Se castiga por medio de dicha figura al que, a sabiendas y teniendo autoridad para disponer el trabajo de un subordinado, le ordene concurrir al lugar de desempeño de sus labores cuando éste sea distinto de su domicilio o residencia, y el trabajador se encuentre en cuarentena o aislamiento sanitario obligatorio decretado por la autoridad sanitaria.

⁸ Tal como indica el art. 3º transitorio de la Ley N° 21.459.

⁹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, (2015), p. 22.

y, por ello, a los sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas que le otorgan algún valor a la organización preventiva¹⁰, sí forma parte de sus objetivos “evitar la realización de tipos penales”¹¹.

Así las cosas, es relevante que los ordenamientos jurídicos tomen decisiones vinculadas con el número de figuras contenidas en el catálogo de delitos por los que responde una persona jurídica, destinadas a permanecer al menos por algún tiempo, pues la reforma permanente de este listado impide que se pueda cumplir de manera óptima con la obligación de organización preventiva, ya que un nuevo delito en el catálogo implica nuevos riesgos que levantar, y nuevos procedimientos y protocolos que adoptar e implementar para optimar la respuesta organizativa ante eventuales infracciones.

En este contexto, y teniendo a la vista las 8 reformas introducidas al catálogo del artículo 1º de la Ley N° 20.393 en 13 años de vigencia de la ley, lo que la nueva Ley N° 21.595 de delitos económicos ha decidido hacer es incorporar una reforma general teniendo presente los reparos de la doctrina que evidenciaba que –a pesar de las numerosas modificaciones– este seguía resultando restringido, limitado y excluyentes de delitos que se cometan frecuentemente en el contexto empresarial. De ello quedó constancia en la historia del establecimiento de la ley, en la que se manifestó expresamente que la “ampliación del catálogo de delitos tiene amplio respaldo dogmático, y en esa perspectiva obedece a criterios de política criminal en una ponderación sobre los alcances reales de estas conductas ilícitas”¹².

En efecto, el nuevo catálogo del artículo 1º de la Ley N° 20.393 reformado por la LDE, aparece como un listado simplificado, pero que contiene un nú-

¹⁰ Es importante tener presente que ese valor puede ser como eximiente de responsabilidad, o bien, como atenuante de la misma, cuestión que depende de la disciplina que adopte el ordenamiento jurídico de referencia. Sobre el punto en doctrina, distinguiendo entre el valor atenuante de la organización preventiva en el sistema anglosajón estadounidense en oposición al valor eximiente otorgado por los países de tradición continental, especialmente Italia, y desde ahí los países sudamericanos, véase, VALENZANO, Anna y SERRA, Diva. “El control de las reglas de prevención de delitos en los sistemas chileno, peruano y argentino ¿En la órbita del compliance officer estadounidense o del organismo de vigilancia italiano?”, en *La Ley Compliance penal*, N° 4, enero-marzo, (2021), pp. 1-58.

¹¹ ROTSCHE, Thomas. *Derecho penal, Derecho penal económico y compliance*. (Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, (2022), p. 291. Véase también, GÓMEZ-JARA, Carlos. *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico. Parte General y Especial*. Montevideo-Buenos Aires: B de F ediciones, (2021), pp. 23 ss., quien explica cómo opera la cesión a la empresa de un ámbito de autorregulación a cambio de responsabilidad por las consecuencias que de la misma derivan.

¹² Historia de la Ley N° 21.595, disponible en <http://www.bcn.cl>, p. 4.

mero exponencialmente superior de figuras. Por una parte, se incluyen todos los delitos a los que se refieren los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la LDE, es decir, los delitos económicos de primera, segunda, tercera y cuarta categoría sean o no considerados como delitos económicos por la misma ley¹³. Por otro lado, se reitera parte del catálogo ya existente relacionado con algunas figuras que no se transformaran en delitos económicos y, por ello, requieren mención expresa. Estas figuras son los delitos previstos en el artículo 8º de la Ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad; en el Título II de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, y en los artículos 411 quáter, 448 septies y 448 octies del Código Penal¹⁴.

Como se puede apreciar, la verdadera novedad de la reforma es incorporar todos los delitos económicos como delitos base de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero especialmente, el hecho de anunciar que ello sucederá tanto si estos se consideran económicos como si no, cuestión que requerirá un análisis diferenciado.

En relación con las nuevas categorías de delitos económicos contenidas en los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley N° 21.595, denominadas por el legislador como primera, segunda, tercera y cuarta categoría, es importante afirmar que se trata, en todos los casos, de conceptos novedosos en nuestro ordenamiento jurídico y que buscan poner fin a la discusión acerca de qué debemos entender como delito económico más allá de la discusión que sobre el punto se ha desarrollado en doctrina¹⁵. La primera categoría está conformada por aquellos delitos también conocidos como delitos económicos *per se* o delitos incondicionalmente económicos, es decir, que se consideran económicos en toda circunstancia, a diferencia de los delitos de la segunda y tercera categoría que son condicionadamente económicos, esto es, que requieren un factor de conexión con una empresa para que la figura mute desde un ‘delito común’ a un delito económico¹⁶.

En la historia del establecimiento de la LDE puede identificarse con claridad que la idea detrás del reconocimiento de una categoría de delitos económicos

¹³ Artículo 1º numeral 1 Ley N° 20.393, reformada por la Ley N° 21.595.

¹⁴ Artículo 1º numeral 2 Ley N° 20.393, reformada por la Ley N° 21.595.

¹⁵ Un breve estudio sobre las distintas nociones de delito económico puede ser consultado en FEIJOO, Bernardo. *Orden socioeconómico y delito. Cuestiones actuales de los delitos económicos*. Montevideo: B de F ediciones, (2016), pp. 13-51.

¹⁶ En la historia de la Historia de la Ley N° 21.595, ob. cit., p. 86, se habla de delitos económicos *per se* y luego se hace la diferencia entre delitos condicionada e incondicionadamente económicos (pp. 90-91).

per se, se vincularía con la concepción tradicional de los delitos económicos como aquellos que protegen el bien jurídico orden público económico en sentido amplio, es decir, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios¹⁷. Ello, emana con claridad de la afirmación realizada por el profesor Bascuñán durante la tramitación de la ley cuando indicó que la nueva ley establecería “normas que tipifican nuevos delitos que no son per se económicos, porque atentan contra otros bienes, como el patrimonio o el medio ambiente”¹⁸.

Algunas de las figuras que se encuentran en este listado de delitos incondicionadamente económicos son el delito de proporcionar información falsa al mercado contenido en el artículo 59 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores; el delito de colusión contenido en el artículo 62 del Decreto Ley N° 211 sobre Libre Competencia; la adopción de acuerdos abusivos por parte de un directorio contenido en el artículo 134 bis de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas; las hipótesis de los numerales 2, 3, 4 y 7 del artículo 240 del Código Penal que sanciona la negociación incompatible; el cohecho a funcionario público extranjero del artículo 251 bis del Código Penal y la corrupción entre particulares de los artículos 287 bis y 287 ter del mismo cuerpo legal.

Por su parte, la segunda y tercera categoría de delitos económicos, recogidas en los artículos 2º y 3º de la ley, están conformadas por figuras de delitos condicionadamente económicos, es decir, tipos penales no necesariamente económicos, que adquieren esta clasificación por la verificación contextual de cometerse en una empresa o para beneficio económico o de otra naturaleza de una empresa. En ambos casos, lo que se ha hecho es importar al ordenamiento jurídico nacional una clasificación del delito económico defendida ampliamente por la doctrina, según la cual un delito no es económico porque protege determinado bien jurídico, sino más bien porque sucede en un contexto empresarial¹⁹.

Ahora bien, la diferencia entre la hipótesis de los delitos de segunda categoría y los de tercera categoría es la forma de intervención del sujeto que forma parte

¹⁷ A favor de un concepto amplio de orden público económico, véase, TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico. Introducción y parte general*. Lima: Grijley, (2009), p. 70 (especialmente, a partir de la p. 75). En el mismo sentido, CASTRO, Gonzalo. *La necesidad del derecho penal económico y su legitimidad en el Estado social y democrático de derecho*. Montevideo: B de F ediciones, (2016), p. 5. En contra, defendiendo un concepto estricto, BAJO, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*, 2^a ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, (2010), pp. 12-14.

¹⁸ Historia de la Ley N° 21.595, ob. cit., p. 563.

¹⁹ FEIJOO, ob. cit., p. 51.

de la empresa que, a su vez, opera como factor de conexión. Así, mientras en la segunda categoría se indica que el delito se considerará económico siempre que el hecho fuere perpetrado en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa, o cuando lo fuere en beneficio económico o de otra naturaleza para una empresa, en la tercera se señala que en la perpetración del hecho hubiere intervenido, en alguna de las formas previstas en los artículos 15 o 16 del Código Penal, alguien en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa, o cuando el hecho fuere perpetrado en beneficio económico o de otra naturaleza para una empresa.

En este sentido, es importante destacar que durante la discusión parlamentaria se aclaró que, en el caso de la tercera categoría, el delito se caracteriza porque el factor de conexión con la empresa –por intervención de una persona que pertenezca a ella– es en alguna de las formas previstas en los artículos 15 o 16 del Código Penal, esto es, intervención sin autoría, pues el autor será siempre un funcionario público²⁰. Sin embargo, tal como afirmó en la discusión el profesor Bascuñán, se dejó abierta la posibilidad de que esa intervención sea coautoría, complicidad o inducción²¹. Dicho en otras palabras, la diferencia entre la tercera y la segunda categoría está dada porque mientras en la segunda categoría el factor de conexión con la empresa –por intervención del interno de la empresa– es de autoría directa, en la tercera es de alguna clase de intervención distinta.

Forman parte del catálogo de delitos de segunda categoría las figuras contenidas en los numerales 4, 5, 8, 9, 12, 13, 14, 18, 22, 23, 24, 25 y 26 del artículo 97 del Código Tributario; el delito contenido en el artículo 7º, letras f) y h), de la Ley N° 20.009, que establece un régimen de limitación de responsabilidad para titulares o usuarios de tarjetas de pago y transacciones electrónicas en caso de extravío, hurto, robo o fraude; los delitos de los artículos 36 B y 37 de la Ley General de Telecomunicaciones; los delitos de falsificación de los artículos 194, 196, 197 y 198 del Código Penal; los delitos contra la salud pública de los artículos 313 d), 314, 315, 316, 317, 318 y 318 ter; las estafas de los artículos 467, 468, 469 y 473 todos del Código Penal, entre muchas otras figuras que conjuntamente constituyen el listado más extenso de entre los cuatro incorporados en la nueva ley.

²⁰ En este sentido, BASCUÑÁN, Antonio. “Comentario al proyecto de ley sobre delitos económicos (Boletín N° 13.205-07)”, en *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, vol. XLVII, (2020), p. 440. En el mismo sentido, Historia de la Ley N° 21.595, ob. cit., p. 85.

²¹ Historia de la Ley N° 21.595, ob. cit., p. 85.

Llama especialmente la atención la incorporación por parte del numeral 28 del artículo 2º, como parte de los delitos de segunda categoría, de los cuasidelitos contenidos en los artículos 490, 491 y 492 del Código Penal, que agrega que ello ocurrirá sólo cuando el hecho se realice con infracción de los deberes de cuidado impuestos por un giro de la empresa. Esto supondrá que se abrirán importantes espacios de discusión a la hora de determinar qué accidentes de trabajo activarán la utilización de este estatuto reforzado.

El catálogo del artículo tercero, es decir, aquel que enumera los delitos económicos de tercera categoría, como bien se puede adelantar, contiene en general figuras que se conocen tradicionalmente como delitos funcionarios, o sea, aquellos que exigen que el sujeto activo sea un funcionario público. Podemos mencionar aquí, sólo en términos ejemplificadores, los delitos de malversación de los artículos 233, 234, 235 y 236; el delito de fraude al fisco del artículo 239; el delito de exacciones ilegales del artículo 241; y los delitos de cohecho de los artículos 248, 248 bis y 249, todos del Código Penal.

Otra parte importante de los delitos de tercera categoría está constituida por algunas figuras de relevancia ambiental como el delito del artículo 40 de la Ley N° 20.283, sobre Recuperación del bosque nativo y fomento forestal; el delito del inciso primero del artículo 64-J de la Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura y el delito del artículo 48 ter de la Ley N° 19.300, que aprueba ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Finalmente, se reserva una cuarta categoría exclusivamente dedicada a tratar los delitos de recepción y lavado y blanqueo de activos contenidos en los artículos 456 *bis* A del Código Penal y en el artículo 27 de la Ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero, siempre y cuando los hechos de los que provienen las especies sean, además, constitutivos de un delito económico de primera, segunda o tercera categoría. En este caso, tal como quedó establecido en la historia de la ley, lo que se hizo fue recoger una categoría que queda reservada para hipótesis de encubrimiento²², en oposición a las dos categorías anteriores.

En este sentido, vale la pena recordar que tanto el delito de recepción como el de lavado y blanqueo de activos constituyen tipos penales de la parte especial que quitan aplicación al encubrimiento como una forma de participación por medio de la regulación autónoma de dicha intervención ‘con posterioridad’

²² Así lo afirmó el profesor Bascuñán durante la tramitación de la ley, Historia de la Ley N° 21.595, ob. cit., p. 86.

a otro delito, elevando una hipótesis recogida en nuestro ordenamiento jurídico como participación a tipo penal diferenciado²³.

Para concluir sobre este punto, es necesario que volvamos a una cuestión que se había anunciado algunos párrafos atrás y que dice relación con la afirmación hecha por nuestro legislador en el nuevo catálogo del artículo 1º de la Ley N° 20.393 ahí donde se indican que los delitos por los cuales puede responder la persona jurídica son todos aquellos delitos a que se refieren los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la ley de delitos económicos, sean o no considerados como delitos económicos por esa ley, lo que nos obliga a reflexionar sobre el significado y alcance de la expresión.

Hasta aquí hemos indicado que en el caso de la primera categoría nos encontramos con delitos que siempre serán económicos, a diferencia de la segunda y tercera categoría, que requieren la verificación contextual en la empresa o para beneficio de la empresa, tal como ocurre en la categoría cuatro que supone que el delito base del lavado o blanqueo o el delito que antecede la recepción, sean a su vez, delitos económicos de 1, 2 o 3 categoría. Es decir, salvo por los delitos pertenecientes a la primera categoría, en el resto de los casos puede suceder que determinada figura se verifique en ese contexto empresarial o no. De dicha corroboración seguirán importantes consecuencias para las personas naturales condenadas por un delito económico que consisten en el establecimiento de penas de multa e inhabilitación, adicionales a aquellas establecidas como penas principales o accesorias de acuerdo con las reglas generales. Además, se incorporan reglas especiales de determinación de la pena privativa de libertad que excluye la aplicación de los artículos 65 al 69 del Código Penal, así como un sistema de atenuantes y agravantes diferenciado de aquel regulado en los artículos 11 a 13 del Código Penal²⁴.

Sin embargo, cuando se trata de la responsabilidad de la persona jurídica, esta puede decretarse aun cuando el delito correspondiente no se verifique en el contexto mencionado y, por ello, no alcance la categoría de delito económico. Como se puede observar, es difícil pensar en una hipótesis vinculada a una persona jurídica de aquellas mencionadas en el artículo 2º de la Ley N° 20.393 que

²³ En este sentido, se puede consultar SERRA, Diva. *El encubridor en la jurisprudencia chilena*. Santiago: Círculo Legal Editores (2018), pp. 17-23. La autora, a propósito de la historia del artículo 17 del Código Penal, explica los vaivenes de la regulación y cómo la legislación nacional –en el camino del derecho comparado– ha incorporado diversas figuras especiales que quitan aplicación al encubrimiento como forma de participación, para elevarlo a la categoría de delito.

²⁴ Tal como establece el Título II de la Ley N° 21.595 denominado “Penas y consecuencia adicionales a la pena aplicables a las personas responsables de los delitos económicos”.

se vea involucrada en la comisión de uno de estos delitos fuera del contexto de la empresa, salvo por las hipótesis recogidas en el artículo 6º de la LDE sobre inaplicabilidad de la categoría de delito económico a aquellos hechos verificados en relación con empresas que tengan la categoría de micro o pequeña, de acuerdo con lo indicado en la Ley N° 20.416 que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño.

Así, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de la Ley N° 20.416 recién mencionada, deben entenderse como microempresas aquellas empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no hayan superado las 2.400 unidades de fomento en el último año calendario y como pequeñas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 2.400 unidades de fomento pero sin exceder de 25.000 unidades de fomento en el último año calendario²⁵. Además, la LDE añade que, si la empresa involucrada forma parte de un grupo empresarial, para efectos de la calificación como micro o pequeña empresa, deberán sumarse los ingresos del grupo.

En este contexto, en el presente trabajo se considera que es precisamente aquí donde podría ser relevante la afirmación del nuevo numeral primero del artículo 1º de la Ley N° 20.393 ahí donde indica que la persona jurídica responderá por los delitos de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley de Delitos Económicos, sean estos considerados como económicos o no. La razón es que, en atención a las reglas aquí citadas, existirán casos de delitos de segunda, tercera o cuarta categoría que se verificarán en el contexto empresarial o para beneficio económico o de otra naturaleza de una empresa, pero que no alcanzarán la categoría de delitos económicos precisamente porque dicha ‘empresa’ es una microempresa o una empresa de menor tamaño de acuerdo con lo indicado en

²⁵ Resulta relevante tener presente que de acuerdo con lo indicado en el inciso final del mismo artículo 2º de la Ley N° 20.416, existen determinadas micro y pequeñas empresas que aun cuando sus ingresos no superen las sumas mencionadas, no podrán ser consideradas parte de estas categorías, en atención al giro de su actividad. Estas empresas son aquellas que tengan por giro o actividad cualquiera de las descritas en las letras d) y e) de los números 1º y 2º del artículo 20 de la Ley sobre Impuesto a la Renta; aquellas que realicen negocios inmobiliarios o actividades financieras, salvo las necesarias para el desarrollo de su actividad principal, o aquellas que posean o exploten a cualquier título derechos sociales o acciones de sociedades o participaciones en contratos de asociación o cuentas en participación, siempre que, en todos estos casos, los ingresos provenientes de las referidas actividades en conjunto superen en el año comercial anterior un 35% de los ingresos de dicho período.

Tampoco podrán ser clasificadas como tales aquellas empresas en cuyo capital pagado participen, en más de un 30%, sociedades cuyas acciones tengan cotización bursátil o empresas filiales de éstas.

el artículo segundo de la Ley N° 20.416. Sin embargo, en este último caso nos encontraremos de todos modos ante una hipótesis que permitirá perseguir la responsabilidad penal de las personas jurídicas gracias a la incorporación de la frase ‘sean o no económicos’ del numeral primero del artículo 1º de la Ley N° 20.393.

**III. EL REEMPLAZO DEL CRITERIO DEL INTERÉS O BENEFICIO
POR LA EXCLUSIÓN EN EL CASO QUE EL DELITO SE PERPETRE EXCLUSIVAMENTE
EN CONTRA DE LA PROPIA PERSONA JURÍDICA**

El inciso final del artículo 3º de la Ley N° 20.393 reformado por la Ley N° 21.595, agrega a modo de regla de clausura del nuevo sistema de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, que lo dispuesto en este artículo, denominado a partir de esta modificación ‘presupuestos de la responsabilidad penal’ en reemplazo de la fórmula utilizada por el texto original de la ley de ‘atribución de responsabilidad penal’, no tendrá aplicación cuando el hecho punible se perpetre exclusivamente en contra de la propia persona jurídica.

Como se puede apreciar, se trata de un cambio radical, pues hasta ahora el criterio de imputación de responsabilidad o de atribución de esta era el contrario, es decir, que el delito del catálogo del artículo 1º de la Ley N° 20.393 fuera cometido directa e inmediatamente en interés o para provecho de la persona jurídica. Sin embargo, antes de analizar el cambio, es necesario reparar en dos cuestiones que han sido relevadas por la doctrina nacional, precisamente porque nublan la comprensión del verdadero alcance del precepto²⁶; por un lado, la indicación de que esa actuación en interés o para provecho debe ser ejecutada directa e inmediatamente para ello, y por otro, el contenido del inciso final del artículo 3º que indica, aparentemente en contradicción con lo recién referenciado, que las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

En este sentido, algunos autores han defendido la idea de que este requisito en el derecho comparado sólo tiene por objeto excluir que las actuaciones que no son susceptibles de reportarle algún beneficio a la persona jurídica, especialmente aquéllas contrarias a sus intereses, puedan –además– acarrear

²⁶ HERNÁNDEZ, Héctor. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en *Política Criminal*, vol. 5, N° 9, (2010), p. 221.

su responsabilidad penal²⁷. Por ello, siguiendo esta línea argumentativa, lo que hace la norma reformada por la LDE es abandonar la referencia al interés, beneficio o provecho en positivo, al inicio del artículo, para mantenerlo únicamente en el inciso final como regla de exclusión de la responsabilidad ahí donde el hecho punible se perpetre exclusivamente en contra de la propia persona jurídica²⁸.

Lo anterior supone aceptar que, desde la entrada en vigor del precepto reformado, podrá suceder que la persona jurídica sea perseguida y condenada penalmente no sólo por delitos que le reporten beneficios, sino también por aquellas hipótesis que se configuren como indiferentes desde el punto de vista económico. Pensemos, por ejemplo, en la comisión de un delito de falsedad por un privado perteneciente a una persona jurídica en calidad de cómplice de un funcionario público (delito económico de acuerdo a la tercera categoría), que no beneficia ni perjudica a la persona jurídica, o la aceptación de la recepción de un pago por parte de un *intraneus* de una empresa fabricante de muebles, con el objetivo de comunicar a algún proveedor participante en una licitación el precio de las demás ofertas, pero que no genera perjuicio porque no alcanza ni a recibir el pago ni a revelar la información porque es sorprendido por un superior, aun en ausencia de modelo de organización (delito económico de primera categoría), abriendose la puerta a la verificación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en ambos casos.

Por ello, es importante despejar como primera cuestión en qué sentido ha sido introducida la palabra exclusivamente en la redacción, pues parece resultar admisible más de una interpretación. Una alternativa es considerar que el exclusivamente supone que el único perjudicado por la actuación sea la propia persona jurídica, cuestión que obstaculizaría la exclusión de su responsabilidad en el caso que existan más perjudicados, es decir, si la persona jurídica no es la perjudicada ‘exclusiva’. Sin embargo, aquí se sostiene que dicha interpretación no tendría sentido a la luz de la configuración de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas y, especialmente, en atención a la ubicación y redacción de la disposición que, sugiere con claridad, que la función del inciso final es limitar las hipótesis por las cuales responde la persona jurídica. Esto, supone dejar fuera precisamente aquellas actuaciones que la perjudican, no porque la perjudiquen exclusivamente a ella, sino porque la

²⁷ En este sentido, entre nosotros, HERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 220-221.

²⁸ Nuevo contenido del inciso final del artículo 3º de la Ley N° 20.393 reformada por el artículo 50 de la Ley N° 21.595.

perjudican exclusivamente en el sentido de excluir una contribución mixta que la perjudique y la beneficie al mismo tiempo.

Es esta última la interpretación que aquí se defiende teniendo a la vista especialmente aquella doctrina que ve en el requisito de la actuación en interés o para provecho de la persona jurídica una previsión de efecto evidentemente limitador de la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁹. Lo anterior, extrapolado a la modificación del precepto chileno supone aceptar que la mejor determinación de su alcance implica acoger la posición que produzca el efecto delimitador más adecuado en el sentido de excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con las acciones que la perjudiquen, aun cuando perjudiquen a la vez a otros, pues esta última realidad debe ponderarse como indiferente en el juicio de responsabilidad penal a las entidades colectivas.

Todavía, resulta importante realizar una última reflexión crítica acerca de la eliminación del criterio del interés o provecho para reemplazarlo por una exclusión sólo ahí donde exista perjuicio para la persona jurídica. De acuerdo con la doctrina comparada, el hecho de considerar que la finalidad principal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea la prevención³⁰, lleva a afirmar que “si una clase de delitos no es apta en absoluto para beneficiar a una persona jurídica, esta no tiene tampoco el deber de prevenir su comisión a efectos penales”³¹.

Así las cosas, es dable afirmar, siguiendo en ello a la doctrina comparada, que las acciones que deberían poder generar responsabilidad penal de las personas jurídicas deberían ser sólo aquellas que le reportan un interés, entendido este como aquel que mira la conducta en el momento de su nacimiento, a diferencia del beneficio o provecho que supone una vinculación *ex post*³². Por esta razón, una reforma adecuada al requisito podría haber eliminado únicamente el crite-

²⁹ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto de su responsabilidad penal*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, (2017), p. 20.

³⁰ En este sentido, ROTSCHE, ob. cit., p. 291. En el mismo sentido, GÓMEZ TOMILLO, ob. cit., pp. 20 ss.

³¹ RAGUÉS I VALLÉS, ob. cit., pp. 21 y 91 ss.

³² En este sentido, por ejemplo, en Italia: FIORELLA, Antonio. *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*. Milán: Giappichelli Editore, (2018), p. 655; DE SIMONE, Giulio. “La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d’imputazione”, en *Diritto Penale Contemporaneo*, (2012), p. 34. Por su parte, en España, GÓMEZ TOMILLO, ob. cit., p. 118; RAGUÉS I VALLE, ob. cit., p. 114. En Chile, en el mismo sentido, GARCÍA, Gonzalo. “Relevancia del elemento ‘interés o provecho’ en la responsabilidad

rio del beneficio, dejando subsistente el del interés entendido como idoneidad *ex ante* de la conducta para beneficiar a la entidad, pues no resulta admisible que una cuestión contingente como el provecho ponderado desde una óptica *ex post* sea fuente de responsabilidad, criterio que evidentemente no compartían nuestros legisladores multiplicando, en relación a este punto, las hipótesis por las cuales la persona jurídica tendrá que responder penalmente.

IV. LA EVIDENTE AMPLIACIÓN DEL CÍRCULO DE SUJETOS RELEVANTES PARA LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL

Siguiendo con el análisis de las modificaciones que introduce la LDE en la configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, corresponde hacer referencia al círculo de sujetos relevantes que pueden cometer el delito del catálogo al interior de la persona jurídica. Hasta ahora, el texto original de la Ley N° 20.393, en la línea con sistemas comparados como el italiano³³ indicaba que este delito podía ser cometido por dos círculos de sujetos relevantes, uno de personas en posiciones superiores, conformado por dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realizaran actividades de administración y supervisión, y otro de sujetos en posiciones subordinadas, es decir, de personas naturales que se encontraran bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos identificados como superiores.

Ahora bien, resultaba interesante observar que la ley chilena, a diferencia de la italiana, aun cuando utilizaba la distinción entre superiores y subordinados, no establecía posteriores diferencias en el régimen de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica, regulando un sistema único constituido por cinco criterios o elementos que –en todos los casos– debían ser

penal de las personas jurídicas en Chile”, en *Revista chilena de Derecho*, vol. 47, N° 3, (2020), pp. 834 ss.

³³ De acuerdo con el contenido de los artículos 6º y 7º del Decreto Legislativo N° 231 del año 2001, en ese ordenamiento jurídico, también existe la posibilidad de que el delito del catálogo sea cometido por un sujeto en una posición superior (ahí denominada apical) o bien por un sujeto en una posición subordinada. Ahora bien, a diferencia de nuestra legislación, en ese caso el régimen de atribución de responsabilidad en cada caso es diferente. Se puede consultar en ese sentido, SALCUNI, Giandomenico. “Brevi cenni sull’imputazione soggettiva del reato commesso dagli apicali e il ruolo del giudice”, en *Giurisprudenza penale*, N° 12, (2017), pp. 1-10; DE SIMONE, Giulio. *Personae giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparativi*. Florencia: Ediciones ETS, (2012), pp. 392 ss.

probados por el Ministerio Público³⁴ como consecuencia del reconocimiento expreso que hace la ley de la presunción de inocencia a favor de la persona jurídica imputada³⁵.

Sin embargo, la nueva nomenclatura utilizada por la LDE en relación con los sujetos que pueden cometer el delito del catálogo y desencadenar con ello un proceso de atribución de responsabilidad a la persona jurídica desvanece la distinción entre sujetos superiores y sujetos subordinados para introducir una nueva distinción entre personas naturales que ocupen un cargo, función o posición en la persona jurídica que será objeto de la persecución y aquellas personas naturales relacionadas con una persona jurídica distinta, siempre que ésta le preste servicios. Dicho en otras palabras, la vinculación entre la persona natural que puede provocar la imputación por cometer un delito del catálogo y la persona jurídica que puede ser perseguida se amplía considerablemente, especialmente a la luz de la descripción de lo que se puede denominar el segundo círculo de sujetos relevantes, ahí donde se trata de personas naturales relacionadas con una persona jurídica distinta de aquella que será imputada.

Adicionalmente relevante resulta la utilización inicial de las preposiciones ‘por’ o ‘con’ la intervención de alguna persona natural que ocupe un cargo, función o posición en la persona jurídica, y la hipótesis alternativa de prestación de servicios gestionando asuntos de la persona jurídica ante terceros, ‘con o sin su representación’. Esta misma lógica se replica en relación con el segundo círculo de sujetos relevantes, también precedidos de la utilización de las preposiciones ‘por’ o ‘con’ la intervención de una persona natural que ocupe un cargo, función o posición en una persona jurídica distinta pero relacionada con aquella que resulte imputada, siempre que esta persona jurídica secundaria le preste servicios –a aquella principal³⁶– gestionando asuntos suyos ante terceros, con o sin su representación, o carezca de autonomía operativa a su respecto, cuando entre ellas existan relaciones de propiedad o participación.

³⁴ Así lo ha reconocido expresamente el propio Ministerio Público en su instructivo 440/2010 que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas. En este sentido, se debe tener presente las afirmaciones ahí contenidas en el sentido de que siempre resultará necesario probar cada uno de los elementos de la responsabilidad, incluso en aquellos casos en que existieran modelos certificados, véase especialmente, pp. 9-10.

³⁵ La referencia es al contenido del artículo 21 de la Ley N° 20.393 ahí donde afirma de le serán especialmente aplicables a las personas jurídicas, las disposiciones contenidas en una serie de artículos, entre los que se menciona el artículo 4º del Código Procesal Penal que contiene el reconocimiento de la presunción de inocencia.

³⁶ La utilización de los conceptos principal y secundaria es solo para explicar la distinción de personas jurídicas y no representa un juicio en relación con las estructuras societarias.

Como se puede observar, se trata de un cambio bastante rotundo desde distintos puntos de vista. En primer lugar, por la incorporación de la preposición ‘con’ además de ‘por’, es decir, desde la modificación la referencia a la comisión del delito del catálogo ya no se encuentra formulada únicamente en relación con el agente que interviene en dicha comisión desde la persona jurídica, sino que se extiende a aquella hipótesis en la que un sujeto del todo externo a la persona jurídica actúa como autor y el ‘*intraneus*’ de la persona jurídica sólo como partícipe, probablemente con el objetivo de abarcar la mayor cantidad de hipótesis posibles en las que se vean involucrado un sujeto de la persona jurídica en la comisión de un delito del catálogo, aun cuando no lo haga en calidad de autor.

La segunda razón por la que se extienden de modo considerable las hipótesis en las que se podrá desencadenar la responsabilidad penal de las personas jurídicas por medio del criterio del círculo de sujetos relevantes que pueden cometer el delito del catálogo se vincula con la inclusión de un supuesto alternativo al recién descrito, precedido de la conjunción disyuntiva ‘o’, que permite atribuir responsabilidad a la persona jurídica por la actuación de una persona natural que le preste servicios gestionando asuntos suyos ante terceros, con o sin representación. Es evidente que lo más complicado de este caso es la parte final, o sea, aquella que permite que la gestión de asuntos ante terceros sea con representación o sin ella. En la historia del establecimiento de la ley, Juan Ignacio Piña, interviniendo como abogado de la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras, se refirió a esta situación indicando que se trataba de una hipótesis que podría acarrear efectos en materia de agencia oficiosa³⁷, precisamente porque una correcta lectura del precepto debería suponer que la referencia a la actuación sin representación implica que “aun cuando no sea necesaria una representación de la persona jurídica (un mandato), si se trata de un sujeto que presta servicios debe referirse a aquellos relativos a la gestión de asuntos de la persona jurídica, de manera de excluir el caso del sujeto que actúa en un ámbito que no dice relación con los servicios que competen al agente oficioso”³⁸, lo que se confirmaría por la frase contenida en el mismo artículo antes de referirse a los sujetos en virtud de la cual se delimita la responsabilidad de la persona jurídica únicamente para aquellos ‘delitos señalados en el artículo 1º, perpetrados en el marco de su actividad’.

Sobre el punto, es interesante observar que no sólo la institución de la agencia oficiosa puede generar problemas si no que, en general, definir qué

³⁷ Historia de la Ley N° 21.595, ob. cit., p. 467.

³⁸ *Ídem.*

sujetos sin representación serán quienes efectivamente –al cometer uno de los delitos del catálogo– pueden desencadenar un proceso de atribución de responsabilidad contra la persona jurídica cuyos servicios fueron gestionados por terceros sin representación. Piénsese, por ejemplo, en abogados en situaciones previas a la constitución de un mandato, en contadores, o incluso en hipótesis de delegación de funciones para tareas específicas. Todas situaciones que se verán compensadas únicamente por el correctivo inicial del precepto ahí donde se destaca la importancia de que cualquier delito del catálogo aun cuando sea cometido por un sujeto sin representación debe perpetrarse en el marco de la actividad de la persona jurídica, elemento que impedirá una extensión irracional de las hipótesis de responsabilidad de la persona jurídica en casos del todo desvinculados.

Por último, la tercera razón que conduce a concluir que existe una evidente extensión de las hipótesis por las cuales puede responder la persona jurídica directamente relacionada con la ampliación del círculo de sujetos relevantes se relaciona con el caso en que la persona natural que cometa el delito sea un sujeto que ocupe un cargo, función o posición en una persona jurídica distinta, siempre que ésta le preste servicios gestionando asuntos suyos ante terceros, con o sin su representación, o carezca de autonomía operativa a su respecto, cuando entre ellas existan relaciones de propiedad o participación. Se trata del caso de empresas relacionadas ya sea porque una es dueña de la otra o porque una participa societariamente de la otra, y el sujeto que comete el delito se encuentra vinculado vía cargo, función o posición con esta segunda persona jurídica, en lugar de la primera, pero el delito se enmarca en la actividad de la ‘principal’, razón por la cual el ejercicio de imputación es dirigido a ella, tal como sucederá, por ejemplo, en casos de subcontratación, de sociedades de inversión o de sociedades de cartera.

En conclusión, la modificación que se introduce sobre el círculo de sujetos relevantes, por un lado, termina con la distinción entre sujetos en posiciones superiores y subordinadas utilizada por el texto original del artículo 3º de la Ley N° 20.393, cuestión que se entiende considerando que de dicha diferencia no se seguía ninguna consecuencia. Sin embargo, el cambio más relevante acae-ce ahí donde se amplían de modo evidente las hipótesis por las cuales podrá responder la persona jurídica, teniendo a la vista que crece sustantivamente el número de sujetos y los roles desde los cuales estos pueden cometer un delito del catálogo e involucrar a la persona jurídica, pues a partir de la entrada en vigencia de la modificación no sólo sucederá ante eventuales actuaciones de dueños, controladores o administradores y sus subordinados, sino ante la per-petración con o por un sujeto desde un cargo, función o posición de la persona jurídica, o que gestione asuntos suyos ante terceros con o sin representación, y ya sea que este vínculo es con la propia persona jurídica o con otra relacionada,

lo que contribuye, al igual que las modificaciones antes referidas, a la facilitación de la conexión entre el delito del catálogo y la persona jurídica.

V. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS FUNDADA EN EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE DIRECCIÓN Y SUPERVISIÓN A SU DELIMITACIÓN EN BASE A UN MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley N° 20.393, en su texto anterior a la reforma de la Ley N° 21.595, uno de los requisitos para la atribución de responsabilidad penal de las organizaciones, consiste en que la realización del delito del catálogo por parte de la persona natural relacionada sea consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección o supervisión por parte de la persona jurídica. Esto se vincula con el reproche que se realiza a la colectividad, pero también con su injusto colectivo como se explica posteriormente en este artículo.

En base a lo afirmado y al texto todavía vigente de la Ley, el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión debe verificarse para que las personas jurídicas respondan penalmente. La pregunta que surge de forma inmediata es ¿Qué es o en qué consiste incumplir los deberes de dirección y de supervisión? La disposición no proporciona mayores detalles respecto del contenido de la infracción de dichos deberes. Pese a ello, consigna que existirá cumplimiento cuando antes de la ejecución del delito la agrupación de personas hubiese adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión destinados a prevenir ilícitos.

A su turno, los modelos de prevención de delitos se encuentran consagrados en el artículo 4º de la misma ley. En la especie, su inciso primero hace referencia al carácter facultativo de estos, agregando que, al menos, deben cumplir con los requisitos reseñados en su texto. En base a su carácter no imperativo, sumado a lo señalado en el artículo 3º, inciso tercero, en orden a que se entiendan cumplidos los deberes cuando se ha adoptado de forma previa un modelo efectivo, se explica el argumento ampliamente aceptado por la doctrina chilena –que se ha pronunciado sobre este aspecto³⁹– en orden a que la adopción de

³⁹ Entre otros: HERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 224-225; BEDECARRATZ, Francisco “Defecto de organización y reglas de comportamiento en la imputación de las personas jurídicas”, en *Política Criminal*, vol. 15, N° 30, (2020), pp. 701 y ss.; NÁQUIRA, Jaime. “Aproximación al artículo 3º de la Ley N° 20.393: de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en NÁQUIRA, Jaime y ROSENBLUT, Verónica (eds.), *Estudios de derecho penal económico chileno*. Santiago: Ediciones UC, (2018), p. 67; NAVAS, Iván y JAAR, Antonia. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”, en *Política Criminal*, vol. 13, N° 26, (2018), pp. 1027-1054, p. 1038; COLLAO, Rafael. *Empresas criminales. Un análisis de los modelos legales*

programas de prevención de delitos no es la única forma que puede revestir el cumplimiento de los deberes.

Entonces, si el sistema de prevención de delitos es una de las modalidades para dar cuenta del cumplimiento de la organización, mas no la única para hacerlo, resulta claro que lo relevante es que la organización satisfaga aquello que configura su ámbito de supervisión y dirección, lo que también puede ser verificado a través de la realización de medidas innominadas o fuera de un modelo. Siendo así, subsiste la cuestión relativa a cuáles son estos deberes. El artículo cuarto entrega baremos que permiten descifrar el contenido en general de estos. En específico se trata de una adecuada gestión de riesgos derivados de su actividad productiva o de su giro. Así las cosas, lo relevante para el legislador es que la persona jurídica sea capaz de identificar los peligros que emanan de su quehacer y, junto con ello, conducirse evitando que los riesgos vinculados a la ejecución de delitos se manifiesten a través de la realización de alguna de las figuras penales contempladas en el catálogo contenido en el artículo 1º.

Lo señalado se condice con la circunstancia de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas responde a una defectuosa gestión de riesgos penales que derivan de su giro o actividad. Esto es muy relevante porque da cuenta de que existe un reproche a la organización que emana de su incapacidad para cumplir y conducir de forma satisfactoria los peligros que le son propios. Sobre este último aspecto corresponde tener presente que sus deberes de dirección y supervisión quedan circunscritos a la actividad que cada entidad realiza, puesto que esta es la fuente de los riesgos que deben controlar.

En suma, el texto todavía vigente del artículo 3º de la Ley N° 20.393 exige, para la punibilidad de las entidades, que no cumplan de forma satisfactoria con sus deberes de cautelar los riesgos penales. Ello puede verificarse con o sin un programa de prevención de delitos adoptado con anterioridad a la comisión del delito por parte de la persona física. De esta forma, resulta patente que para el legislador que dio origen a la Ley N° 20.393⁴⁰, la plasmación del modelo, como opción posible para cumplir con los deberes, es una forma de hacerlo, pero no exclusiva. Esto es coherente con la circunstancia de que la responsabilidad de las organizaciones no se basa en la ausencia de un modelo de prevención de delitos, sino en el defecto de organización que se origina por su deficiente gestión de riesgos penales. Esta circunstancia es determinante para catalogar al sistema de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas

de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementadas por Chile y España. Santiago: Legal Publishing, (2013), p. 177.

⁴⁰ En referencia al texto no modificado por la Ley N° 21.595.

chileno como un modelo que se basa en un reproche a la organización que deriva de un aspecto de su organización que le es atribuible a sí misma, no que se le transfiera la responsabilidad por la ejecución de un delito del catálogo por alguna de las personas físicas relacionadas.

Ahora bien, el sistema contemplado en el artículo 3º de la Ley N° 20.393, respecto del incumplimiento de los deberes de dirección y de supervisión por parte de la persona jurídica, es modificado por el artículo 50 de la Ley N° 21.595. La aludida disposición es enteramente sustituida por un nuevo texto⁴¹. En este último no se hace alusión a los deberes mencionados, reemplazándolos por lo siguiente: “[...] siempre que la perpetración del hecho se vea favorecida o facilitada por la falta de implementación efectiva de un modelo adecuado de prevención de tales delitos, por parte de la persona jurídica”. Considerando los cambios ostensibles, el nuevo texto requiere ser analizado con el objeto de determinar qué constituye o sobre qué se erige el reproche a la organización. De esta forma se podrá dar cuenta de si el nuevo precepto conserva el defecto de organización como criterio significativo para que proceda responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, o si este último es eliminado o morigerado.

El nuevo artículo 3º también debe ser leído en relación con lo consignado en el artículo 4º, que regula el contenido y efectos de la implementación de un modelo de prevención de delitos. En todo caso, como cuestión previa corresponde dilucidar a qué se refiere el legislador cuando señala que la ejecución del hecho se vea favorecida o facilitada por la falta de implementación del modelo adecuado para la prevención de delitos, por parte de la persona jurídica.

En primer término, parece claro que el nuevo precepto exige que exista una vinculación directa entre la inexistencia del modelo con la ejecución del

⁴¹ El texto del artículo 3º reformado por la Ley N° 21.595 reza lo siguiente: “Presupuestos de la responsabilidad penal. Una persona jurídica será penalmente responsable por cualquiera de los delitos señalados en el artículo 1, perpetrado en el marco de su actividad por o con la intervención de alguna persona natural que ocupe un cargo, función o posición en ella, o le preste servicios gestionando asuntos suyos ante terceros, con o sin su representación, siempre que la perpetración del hecho se vea favorecida o facilitada por la falta de implementación efectiva de un modelo adecuado de prevención de tales delitos, por parte de la persona jurídica.

Si concurrieren los requisitos previstos en el inciso anterior, una persona jurídica también será responsable por el hecho perpetrado por o con la intervención de una persona natural relacionada en los términos previstos por dicho inciso con una persona jurídica distinta, siempre que ésta le preste servicios gestionando asuntos suyos ante terceros, con o sin su representación, o carezca de autonomía operativa a su respecto, cuando entre ellas existan relaciones de propiedad o participación.

Lo dispuesto en este artículo no tendrá aplicación cuando el hecho punible se perpetre exclusivamente en contra de la propia persona jurídica”.

delito del catálogo y, finalmente, con la responsabilidad penal de la entidad. Lo expresado implica que el vínculo que existe entre la responsabilidad de la agrupación de personas y la adopción de un modelo de prevención de delitos es directa. En virtud de lo señalado, es dable afirmar que el defecto de organización, si bien subsiste, ha sido debilitado. Lo expresado responde a que este se determina con base en la ausencia de implementación de sistemas de prevención de delitos, su falta de eficacia y la vinculación existente entre ambos. Esta nueva configuración del defecto de organización es problemática al menos por tres razones:

1. En primer lugar, porque coarta las posibilidades de autorregulación de las personas jurídicas restringiéndola a las formas propias de un modelo de prevención de delitos, que parece ya no ser facultativo. Esto último no en relación con la circunstancia de que la ley estipule que las personas jurídicas “deban” tener un modelo, pero sí en cuanto a que el defecto de organización se manifiesta en no implementarlo de manera efectiva, siempre que facilite o promueva el delito realizado por una de las personas físicas relacionadas.

2. El artículo 3º modificado por la Ley N° 21.595, dispone que la relación que existe entre la ejecución del delito por parte de la persona física y el injusto propio de la persona jurídica consiste en la facilitación o favorecimiento del delito del catálogo, debido a la no implementación efectiva de un modelo, vale decir, que se trata una conducta omisiva por parte de la organización, esto es, no haber adoptado un programa de cumplimiento, o activa, implementado un modelo que no sea eficaz. Esto, entendiendo que el artículo cuarto establece un deber de adoptar sistemas de prevención de ilícitos efectivos, toda vez que su omisión o su implementación defectuosa, siempre que concurran los demás requisitos del artículo 3º, conlleva la responsabilidad penal para la persona jurídica. Es claro, entonces, que la responsabilidad penal de las organizaciones responde a un reproche basado en la inexistencia o imperfección del modelo, más que al incumplimiento de deberes. Esta última modalidad resulta menos rígida para identificar su defecto de organización.

De esta manera, si bien se simplifican los elementos para la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, también se torna más automática su responsabilidad. Ello responde a la circunstancia de que, para la concurrencia del defecto de organización, a partir de la vigencia del nuevo texto, se deberá atender a la existencia o no de dicho sistema preventivo y a su efectividad, más que indagar acerca de la gestión o control adecuado de riesgos penales. Esto implica, sobre la base de un análisis sistemático de los artículos 3º y 4º, que indefectiblemente el modelo se encuentra unido al defecto de organización.

Frente a estas argumentaciones se podría argüir que el establecimiento de un programa de prevención de delitos es una forma que puede revestir la gestión de riesgos penales. Esto es cierto, por ello aquí se afirma que, si bien se mantiene el reproche basado en un defecto de organización, resulta evidente que se manifiesta una tendencia a la automatización o transferencia de la responsabilidad, toda vez que esta queda circunscrita por el modelo plasmado en el artículo 4º de la Ley. De esta forma surge la pregunta acerca de si acorde al texto modificado, la persona jurídica ¿podrá dar cuenta que ha gestionado correctamente sus riesgos penales cuando carece de un modelo? O, expresado, en otros términos, ¿la sola omisión del programa se entiende como sinónimo de gestión defectuosa de riesgos criminales?

3. En tercer lugar, esta clara tendencia a regular legalmente el cumplimiento de deberes resulta particularmente compleja para las personas jurídicas unipersonales o las de menor tamaño o complejidad. Esto, pese a que el artículo 4º en su encabezado dispone lo contrario, vale decir, que se considerará entre otros aspectos su tamaño, complejidad, y otros elementos a la hora de delimitar la implementación del modelo. Estas consideraciones o alusiones a ciertas características de las entidades, parecen no ser suficientes frente a lo que en definitiva quedó consagrado en la disposición. Ello porque de la lectura de la disposición es patente que se hace referencia al modelo, pero sin excluir a ningún tipo de organización, grande, pequeña, compleja, simple etc. Lo que implica que todas⁴² deberán adoptar un sistema de *compliance* penal, el que podrá ser más o menos simple o como indica la ley: “exigible a su objeto social, giro, tamaño, complejidad, recursos y a las actividades que desarrolle”. Lo que queda claro es que la pregunta sobre la responsabilidad de las entidades, a partir de la vigencia de la LDE será contestada desde la existencia de programas de prevención de delitos.

En suma, el cambio de paradigma que ofrece el artículo 3º de la Ley N° 20.393 reformado por la Ley N° 21.595, si bien no da cuenta de un sistema vicarial de atribución de responsabilidad penal respecto de las organizaciones, tiende a favorecer la automatización de la imputación debido a la nueva regulación de los modelos de prevención de delitos y su relación con el ilícito ejecutado por la persona natural.

⁴² Esta expresión debe ser entendida en relación con el artículo 2º de la Ley N° 20.393 que hace referencia a las personas jurídicas que son sujetos activos de la ley.

VI. LOS NUEVOS ELEMENTOS MÍNIMOS DEL MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS

El modelo de prevención de delitos es mencionado en diversas disposiciones del texto de la Ley N° 20.393 previo a la modificación introducida por la Ley N° 21.595. Por ejemplo, el artículo 3º inciso tercero, los denomina *modelos de organización, administración y supervisión* y el artículo cuarto se destina a su regulación. También el artículo 6º numeral tercero, al regular las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, hace referencia a la adopción de *medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos*. A su turno, el artículo 17 numeral cuarto hace mención al grado de sujeción y cumplimiento de la normativa y reglas técnicas relativas al ejercicio de su giro o actividad. La circunstancia de que se haga referencia indistintamente a los modelos o a las medidas tendientes al cumplimiento normativo y prevención de delitos se explica en que el legislador anterior a la modificación realizada por la LDE permitía, como se señaló *supra*, que los deberes de dirección y supervisión se cumplieran ya sea mediante la adopción de un programa de prevención de delitos o a través de la implementación de medidas innominadas que sean conducentes a la mencionada finalidad.

A su turno, el artículo 4º de la Ley no modificada por la N° 21.595 contiene los elementos mínimos que un modelo debería contener cuando la entidad pre-tende prevenir la comisión de delitos. De acuerdo con el texto de este precepto un modelo de prevención adecuado debería consignar a lo menos:

- a) La designación de un encargado de prevención de delitos. Quien ejerza esta posición que debe tener autonomía respecto de la administración de la persona jurídica.
- b) El encargado de prevención de delitos debe contar con recursos materiales y estar dotado de las facultades que le permitan ejercer su función.
- c) El establecimiento de un sistema de prevención de delitos por parte de la organización. Para estos efectos, en primer lugar, se deben identificar las actividades o procesos que generen o incrementen el riesgo de incurrir en alguna de las figuras penales consignadas en el catálogo de delitos del artículo 1º. En segundo lugar, la organización debe disponer protocolos o procedimientos cuya finalidad sea que las tareas o labores que se realizan en la organización se ejecuten procurando prevenir la realización de los mencionados delitos. En este contexto también se deberán establecer sanciones internas y procedimientos de denuncia y sus procedimientos para identificar los incumplimientos del modelo de prevención de delitos.
- d) El sistema de prevención de delitos debe ser implementado, supervisado y modificado con el objetivo de perfeccionarlo y corregirlo en el evento

que se identifiquen fallas o defectos durante su vigencia. Inclusive la persona jurídica puede certificar su modelo en relación con los aspectos mencionados anteriormente. Los certificados y el proceso que le antecede son realizados por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgos u organizaciones que se encuentren registradas en la Superintendencia de Valores y Seguros⁴³.

Sin embargo, el artículo 4º también es sustituido por completo con la dictación de la Ley N° 21.595, razón por la cual este precepto debe ser puesto en relación con el también sustituido artículo tercero. Del análisis de ambas disposiciones resulta evidente la ligazón que existe entre el programa de prevención de delitos y la responsabilidad de penal o la posibilidad de eximirse de esta. En particular, respecto de este último aspecto, la nueva disposición acertadamente consigna que el modelo efectivamente implementado exime de responsabilidad penal a la persona jurídica, cuestión que resulta positiva porque otorga certeza respecto de los efectos que conlleva contar con un sistema de prevención de delitos.

El texto del artículo 4º modificado por la Ley N° 21.595, dispone que la eficacia eximente del modelo se valora considerando las exigencias de acuerdo con el objeto social, giro, tamaño, complejidad, recurso y actividades que desarrolle, siempre que considere seria y razonablemente los elementos que se enumeran. Estos son:

1. Identificación de las actividades o de los procesos riesgosos en relación con la comisión de delitos.

2. Establecimiento de protocolos, procedimientos para la prevención y detección de comportamientos delictivos. Estos deben considerar necesariamente canales de denuncia y sanciones internas.

3. Asignación de uno o más sujetos responsables de la aplicación de dichos protocolos, con la adecuada independencia. En relación con este punto, la entidad debe proveer de los medios materiales y humanos para que puedan llevar adelante esta tarea.

Es interesante observar que la Ley N° 21.595 prescinde de la nomenclatura encargado de prevención de delitos y de la fijación de un plazo para la realización de sus funciones.

4. Evaluaciones periódicas realizados por agentes independientes y mecanismos de perfeccionamiento.

El artículo 4º nuevo da cuenta de la evidente disposición del legislador de simplificar los modelos de prevención de delitos, regulando los elementos

⁴³ Actualmente Comisión para el Mercado Financiero.

mínimos con menos detalle y especificación, en comparación con el precepto no reformado. Junto con ello, se observa la pretensión de que la entidad pueda adoptar un sistema de prevención de delitos acorde a su realidad en términos de tamaño, giro, complejidad, entre otros aspectos. Si bien esto aparentemente resulta razonable para las personas jurídicas pequeñas o unipersonales, para quienes probablemente sea muchos más gravoso cumplir todos los requisitos, no es menos cierto que debido a la mayor vinculación que impone la LDE entre el modelo y la responsabilidad de las personas jurídicas, el reconocimiento de una mayor flexibilidad en la ponderación no es absoluto, resultando ilusorio creer que pueden renunciar a la adopción de un modelo. Lo expresado responde a la circunstancia de que de acuerdo con el sistema anterior a la Ley N° 21.595, la persona jurídica era reprochada por el incumplimiento de deberes de dirección o de supervisión, los cuales, *a contrario sensu*, se podían satisfacer con o sin un modelo de prevención de delitos. En cambio, la modificación introducida, como se explicó en el acápite anterior, tiende a una automatización de la responsabilidad penal de las organizaciones sobre la base de que la ausencia del modelo favorezca o facilite la comisión del delito de conexión que ejecuta la persona física.

Por tanto, de acuerdo con lo razonado, la nueva regulación de los modelos de prevención de delitos, aun cuando la ley no los defina como obligatorios, parecen serlo, porque a la hora de determinar la responsabilidad penal de la entidad, es claro que su ausencia puede dar lugar a responsabilidad penal colectiva, siempre que se acredite que su falta de implementación o sus carencias en relación con su efectividad han favorecido la comisión de delitos. Expresado en otras palabras, tras una aparente simplificación del modelo, lo que se pretende es que todas las organizaciones adopten uno según su propia realidad organizacional, siendo su omisión determinante a la hora de establecer su responsabilidad criminal.

VII. DE LA CAUSALIDAD VÍA CONSECUENCIA

A LA FACILITACIÓN O FAVORECIMIENTO

El artículo 3º de la Ley N° 20.393, no modificado por la Ley N° 21.595, consagra el sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. La lectura de este precepto no ha sido uniforme por parte de la doctrina nacional. Al respecto, algunos autores han señalado que la persona jurídica participa en el injusto de la persona física, tratándose de un sistema atenuado de responsabilidad derivada. De acuerdo con este predicamento, la entidad al organizarse de forma defectuosa contribuye al hecho que realiza la persona natural relacionada o no impide que este se realice. En este orden de

ideas, Hernández afirma que se está ante una “forma especial de intervención en el delito cometido por el sujeto relacionado”⁴⁴. Conforme a este criterio el vínculo que determina la intervención delictiva de la colectividad en el delito individual es el incumplimiento de los deberes de dirección o supervisión. Esta afirmación se sostendría en la siguiente frase del precepto: “[...] siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión”. Otra parte de la doctrina estima que existen dos injustos, uno individual y otro colectivo, los cuales se relacionan por un vínculo de causalidad. De este modo el ilícito que realiza la persona física se encuentra causalmente unido al de la persona jurídica, porque el incumplimiento de los deberes es determinante para que la persona natural ejecute su injusto individual. De conformidad con este paradigma, cada individuo responde penalmente por su propio delito: la persona natural por la respectiva figura de la parte especial y la persona jurídica por el delito del artículo 3º de la Ley N° 20.393. De este modo, esta segunda posición considera que la persona jurídica responde por un injusto colectivo que le es propio. Esta afirmación implica que el artículo 3º establece un tipo penal específico destinado a las organizaciones. Lo que vincula a ambos injustos –individual y colectivo– es la relación de causalidad que debe darse entre el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión y el ilícito que realiza la persona natural relacionada⁴⁵.

⁴⁴ HERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 217-218. En el mismo sentido, ORTÚZAR, Andrés. “Modelo de atribución de responsabilidad penal en la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿culpabilidad de la empresa, heterorresponsabilidad o delito de infracción de deber?”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 16, (2012), p. 234.

⁴⁵ En doctrina, a favor de la idea de un injusto autónomo, GUERRA, Rodrigo. “Una aproximación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile en el marco de los delitos contra el medio ambiente”, en *Cuadernos de Extensión jurídica de la Universidad de los Andes*, N° 28, (2016), pp. 128 y ss. Defendiendo la idea de un injusto propio de la persona jurídica consistente en no implementar modelos de prevención, véase, SEGOVIA, Antonio. “Modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en la Ley N° 20.393”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 43, (2010), pp. 230 y ss.; NEIRA, Ana María. “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, en *Política Criminal*, vol. 11, N° 22, (2016), *passim*; VALENZANO, Anna y SERRA, Diva. “El ‘defecto de organización’ en la estructura de imputación de responsabilidad a la persona jurídica por la comisión de delito, con especial referencia a los sistemas chileno, peruano y argentino”, en *Revista Penal*, N° 45, (2020), pp. 150 y ss.; VALENZANO y SERRA, ob. cit., pp. 6 ss.; NÁQUIRA, ob. cit., pp. 48 ss., quien explica en profundidad porque el art. 3º de la Ley N° 20.393 habría establecido un delito sui generis. En sentido parcialmente similar, PIÑA, Juan Ignacio. “Algunas consideraciones acerca de los Modelos de Prevención de Delitos (MPD) establecidos en la Ley N° 20.393 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 10, (2012), p. 2; PIÑA, Juan Ignacio. *Modelos de prevención de delitos en la empresa*.

La opinión que se sustenta en este trabajo adhiere a la posición que considera que existen dos injustos y, junto con ello, que la relación que existe entre ambos se encuentra en el incumplimiento de los deberes de dirección y de supervisión de la persona jurídica que causa el delito de la persona física. Al mismo tiempo, el ilícito de la persona natural manifiesta el defecto de organización que ya existía en la organización y que es expuesto gracias al delito que realiza el sujeto físico relacionado, el cual es causado por el primero. De esta forma, ambos injustos están directamente relacionados porque el uno depende del otro.

A su turno, el nuevo artículo 3º introducido por la Ley N° 21.595, reemplaza el título de la disposición de “Atribución de responsabilidad penal”⁴⁶ por “Presupuestos de la responsabilidad penal”. La nomenclatura ‘presupuesto’ resulta todavía más desafortunada que *atribución*. Mientras esta última hace referencia a lo adscriptivo por sobre lo imputativo, el concepto de atribución devela la dificultad que plantea atribuir culpabilidad a los seres incorporales, lo que ha llevado a la búsqueda de un fundamento equivalente, como el defecto de organización, que es resultante de la actividad de las personas físicas que participan en la entidad y que se le reprocha al ente. En cambio, el término *presupuesto*, que se incluye en la LDE, acerca a las organizaciones a una responsabilidad automática o de transferencia. Así las cosas, si bien el delito del catálogo cometido por la persona natural puede ser denominado un presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica, toda vez que su procedencia es necesaria para que se manifieste el defecto de organización preexistente en la entidad, los demás requisitos o elementos que deben concurrir para la existencia del injusto propio de la agrupación de persona no lo

Santiago: Thomson Reuters, (2012), p. 10. A favor de una culpabilidad autónoma de la persona jurídica como culpabilidad por el carácter, MANALICH, Juan Pablo. “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 2, (2011), pp. 302 y ss. También a favor de que personas jurídicas y naturales responden por el mismo hecho, aunque por un fundamento distinto, Collao, quien reconoce que la afirmación de autorresponsabilidad debe ser matizada por la construcción de un tipo penal con intervención de la persona jurídica, véase COLLAO, ob. cit., p. 160 y ss.

⁴⁶ Sobre el concepto de atribución de responsabilidad penal véase GOENA, Beatriz. “Culpabilidad: ¿Juicio de imputación o de atribución? Estudios a partir de la responsabilidad penal corporativa”, en MARAVER, Mario y POZUELO, Laura (coords.), *La Culpabilidad*. Montevideo-Buenos Aires: B de F ediciones, (2019), pp. 234 y ss., quien explica que, si bien el término atribución no es asimilable a una responsabilidad vicaria o de transferencia, se relaciona con la “constatación de una situación antijurídica”. En sus palabras “[...] se trata de una regla de atribución de responsabilidad próxima a los criterios de la *strict liability* y *attributed (vicarious) liability*. Es una adscripción de responsabilidad inspirada en el Derecho Angloamericano y regida por criterios que, en consecuencia, casan mejor con la imputación que con la *Zurechnung* del Derecho Continental”.

son. Entre estos, resulta fundamental la existencia de una relación de causalidad entre el incumplimiento de los deberes de dirección y de supervisión y el delito cometido por la persona natural. Por lo tanto, no es suficiente con la mera constatación de la existencia del delito del catálogo para afirmar el delito de la corporación.

De acuerdo con lo recién expresado, surge la pregunta por las consecuencias que conlleva para la responsabilidad de las entidades el reemplazo de la oración “siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión”, por la frase “siempre que la perpetración del hecho sea favorecida o facilitada por la falta de implementación efectiva de un modelo adecuado de prevención de tales delitos, por parte de la persona jurídica”. Expresado en otros términos, ¿qué significa que el delito del catálogo sea favorecido o facilitado por la falta de implementación o la realización imperfecta del sistema de prevención de delitos?

Para dar respuesta a esta interrogante, conviene revisar qué es favorecer o facilitar. En primer término, es dable sostener que el significado de estas palabras es menos intenso, respecto de la generación de un efecto o consecuencia, que los casos en que directamente se *causa* un resultado. Expresado en otras palabras, no es lo mismo producir un resultado que facilitarlo o favorecerlo. Se trata de un vínculo más débil o tenue. Mientras causar es “[s]er causa, razón y motivo de que suceda algo”⁴⁷, facilitar es “[h]acer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin”⁴⁸ y favorecer es “[a]poyar un intento, empresa u opinión”⁴⁹. Respecto del verbo facilitar se ha señalado que se trata de “cualquier acto de cooperación que haga posible o más expedita la realización de aquella actividad”⁵⁰. Lo expresado significa que la modificación exige una relación menos intensa entre el defecto de organización de la persona jurídica y el delito en que incurre la persona natural, bastando que la deficiente gestión de riesgos penales de la entidad, consistente en la falta de implementación de un modelo o en su realización defectuosa, se relacione con el delito del catálogo a través de un favorecimiento o facilitación, no siendo necesario acreditar que lo causó. Esta debilitación del vínculo entre los injustos individual y colectivo es coherente con el nuevo estatuto sobre delitos económicos que ha querido simplificar la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

⁴⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ RODRÍGUEZ, Luis. *Delitos sexuales*, 4^a edición actualizada en conformidad con las Leyes N° 21.483, N° 21.522 y N° 21.523. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (2023), p. 298.

VIII. CONCLUSIONES

Tal como se ha podido observar por medio del análisis reflexivo y crítico de cada uno de los criterios o elemento de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, convertidos en simples presupuestos desde la reforma que introduce la LDE en el articulado de la Ley N° 20.393, se puede afirmar que lo que ha buscado el legislador nacional con esta reforma es efectivamente automatizar la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por el delito del catálogo cometido por la persona natural relacionada.

El camino utilizado para automatizar o simplificar esa conexión ha sido la reformulación de cada uno de los criterios de conexión contenidos en el artículo 3º de la Ley N° 20.393. Como consecuencia de ello, lo que sucederá es que se ampliarán de modo relevante las hipótesis en las cuales la persona jurídica podrá responder penalmente, estimulando con ello, además, un fortalecimiento de la prevención de riesgos en diversas materias, pero siempre conservando como correctivo de responsabilidad que el delito cometido sea perpetrado en el marco de la actividad de la persona jurídica.

La reformulación comienza con una ampliación exponencial del número de delitos que forman parte del catálogo contenido en el artículo 1º de la Ley N° 20.393, incluyendo en éste a la totalidad de los delitos económicos de primera, segunda, tercera y cuarta categoría de la nueva LDE, sean ellos económicos o no. Esta modificación se observa no solo como positiva, sino también como necesaria para alcanzar un estado de desarrollo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile que permita planificar la gestión de riesgos y la prevención con un catálogo que se mantiene más o menos estable en el tiempo y que contiene las figuras relevantes y que suelen verificarse en el mundo empresarial.

Continúan las modificaciones con la eliminación del criterio del interés o la actuación para provecho de la persona jurídica, para reemplazarlo por una cláusula de cierre de la regla de atribución que solo excluirá la responsabilidad de la persona jurídica ahí donde ésta sea perjudicada por el delito del catálogo cometido. En este caso, aun cuando se trate de un cambio buscado por parte de la doctrina nacional desde la dictación de la Ley N° 20.393, en este trabajo la innovación se observa con cautela, pues la concepción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como una política orientada a la gestión privada de riesgos, se compatibiliza mejor con un sistema que estimule la prevención de los riesgos que generan beneficios y no de aquellos que puedan resultar indiferentes.

La modificación sobre el círculo de sujetos relevantes apunta en el mismo sentido, ampliar las hipótesis y simplificar la conexión entre el delito del

catálogo y la posibilidad de la atribución de responsabilidad a la persona jurídica. En este sentido, se elimina la distinción entre sujetos en posiciones superiores y sujetos en posiciones subordinadas y se reemplaza por una nueva distinción entre sujetos vinculados con la persona jurídica que se podría denominar ‘principal’ y aquellos relacionadas con ‘otra’ persona jurídica si bien relacionada porque es propietaria o participa en ella. A esto se le suma la inclusión no sólo de la perpetración por el sujeto de la persona jurídica, sino también con su intervención y la gestión de asuntos ante terceros con o sin representación.

Se elimina, además, la referencia al incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, hasta ahora ponderado positivamente por la doctrina nacional por abrir diferentes opciones dependiendo el tipo de empresa que se veía sometida a un proceso penal. En su lugar, se habla a partir de ahora derechamente de la adopción e implementación de un modelo de prevención, cuyos elementos mínimos también son modificados a través de la reforma del artículo 4º de la Ley N° 20.393, limitando las posibilidades de defensa de la persona jurídica y simplificando una vez más la conexión entre el delito del catálogo cometido por una persona natural y la imputación de responsabilidad a la persona jurídica.

A diferencia de estas modificaciones, aparece como positivo el hecho de que la ley se refiera expresamente a la existencia de una eximente de responsabilidad y que se indique que el modelo se ponderará en la medida exigible al objeto social, giro, tamaño, complejidad, recursos y a las actividades que desarrolle la persona jurídica.

Se concluyó con el análisis de la modificación en materia de causalidad, ahí donde se reemplaza el concepto de que el delito ‘sea consecuencia’ del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, por la idea de que este se vea facilitado o favorecido por la falta de implementación de un modelo, lo que sugiere derechamente una vinculación más tenue entre la comisión del delito del catálogo y la falta de implementación de un modelo de prevención que la anteriormente vigente exigencia de que el delito cometido fuera consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión.

Con este último cambio se cierra el círculo, confirmando que el artículo 50 de la LDE al modificar la Ley N° 20.393, pero especialmente al modificar los artículos 3º y 4º de la misma, no sólo ha tenido como objetivo sino que lo ha alcanzado en orden a simplificar y automatizar la conexión que existe entre el delito del catálogo cometido por una persona natural y la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aumentando así exponencialmente las hipótesis que darán lugar a su persecución y eventual condena penal.

BIBLIOGRAFÍA

- BAJO, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*, 2^a ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, (2010).
- BASCUÑÁN, Antonio. “Comentario al proyecto de ley sobre delitos económicos (Boletín N° 13.205-07)”, en *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, vol. XLVII, (2020), pp. 435-452.
- BEDECARRATZ, Francisco. “Defecto de organización y reglas de comportamiento en la imputación de las personas jurídicas”, en *Política Criminal*, vol. 15, N° 30, (2020), pp. 694-728.
- CASTRO, Gonzalo. *La necesidad del derecho penal económico y su legitimidad en el Estado social y democrático de derecho*. Montevideo: B de F ediciones, (2016).
- COLLADO, Rafael. *Empresas criminales. Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementadas por Chile y España*. Santiago: Legal Publishing, (2013).
- DE SIMONE, Giulio. “La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione”, en *Diritto Penale Contemporaneo*, (2012), pp. 1-48.
- _____. *Personae giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparativi*. Florencia: Ediciones ETS, (2012).
- FEIJOO, Bernardo. *Orden socioeconómico y delito. Cuestiones actuales de los delitos económicos*. Montevideo: B de F ediciones, (2016).
- FORELLA, Antonio. *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*. Milán: Giappichelli Editore, (2018).
- GARCÍA, Gonzalo. “Relevancia del elemento ‘interés o provecho’ en la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en *Revista chilena de Derecho*, vol. 47, N° 3, (2020), pp. 821-848.
- GOENA, Beatriz. “Culpabilidad: ¿Juicio de imputación o de atribución? Estudios a partir de la responsabilidad penal corporativa”, en MARAVVER, Mario y POZUELO, Laura (coords.), *La Culpabilidad*. Montevideo-Buenos Aires: B de F ediciones, (2019), pp. 229-242.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, (2015).

GÓMEZ-JARA, Carlos. *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Pamplona: Aranzadi, (2019).

_____. *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico. Parte General y Especial*. Montevideo-Buenos Aires: B de F ediciones, (2021).

GUERRA, Rodrigo. “Una aproximación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile en el marco de los delitos contra el medio ambiente”, en *Cuadernos de Extensión jurídica de la Universidad de los Andes*, Nº 28, (2016), pp. 121-137.

HERNÁNDEZ, Héctor. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en *Política Criminal*, vol. 5, Nº 9, (2010), pp. 207-236.

MAÑALICH, Juan Pablo. “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, Nº 2, (2011), pp. 279-310.

NÁQUIRA, Jaime. “Aproximación al artículo 3º de la Ley Nº 20.393: de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en NÁQUIRA, Jaime y ROSENBLUT, Verónica (eds.), *Estudios de derecho penal económico chileno*. Santiago: Ediciones UC, (2018), pp. 3-72.

NAVAS, Iván y JAAR, Antonia. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”, en *Política Criminal*, vol. 13, Nº 26, (2018), pp. 1027-1054.

NEIRA, Ana María. “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, en *Política Criminal*, vol. 11, Nº 22, (2016), pp. 467-520.

ORTÚZAR, Andrés. “Modelo de atribución de responsabilidad penal en la Ley Nº 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿culpabilidad de la empresa, heterorresponsabilidad o delito de infracción de deber?”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 16, (2012), pp. 195-257.

PIÑA, Juan Ignacio. “Algunas consideraciones acerca de los Modelos de Prevención de Delitos (MPD) establecidos en la Ley Nº 20.393 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Nº 10, (2012), pp. 1-12.

_____. *Modelos de prevención de delitos en la empresa.* Santiago: Thomson Reuters, (2012).

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto de su responsabilidad penal.* Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, (2017).

RODRÍGUEZ, Luis. *Delitos sexuales*, 4^a edición actualizada en conformidad con las Leyes N° 21.483, N° 21.522 y N° 21.523. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (2023).

ROTSCH, Thomas. *Derecho penal, Derecho penal económico y compliance.* (Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, (2022)).

SALCUNI, Giandomenico. “Brevi cenni sull’imputazione soggettiva del reato commesso dagli apicali e il ruolo del giudice”, en *Giurisprudenza penale*, N° 12, (2017), pp. 1-10.

SEGOVIA, Antonio. “Modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en la Ley N° 20.393”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 43, (2010), pp. 218-233.

SERRA, Diva. *El encubridor en la jurisprudencia chilena.* Santiago: Círculo Legal Editores, (2018).

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico. Introducción y parte general.* Lima: Grijley, (2009).

VALENZANO, Anna y SERRA, Diva. “El ‘defecto de organización’ en la estructura de imputación de responsabilidad a la persona jurídica por la comisión de delito, con especial referencia a los sistemas chileno, peruano y argentino”, en *Revista Penal*, N° 45, (2020), pp. 141-171.

VALENZANO, Anna y SERRA, Diva. “El control de las reglas de prevención de delitos en los sistemas chileno, peruano y argentino ¿En la órbita del compliance officer estadounidense o del organismo di vigilanza italiano?”, en *La Ley Compliance penal*, N° 4, enero-marzo, (2021), pp. 1-58.

Jurisprudencia extranjera

Tribunal Supremo español, RJ 2015, 3974, 2 de septiembre de 2015.

Legislación chilena

Ley N° 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas (2009).

¿EN QUÉ MEDIDA LA REFORMA QUE INTRODUCE LA NUEVA LEY DE DELITOS ECONÓMICOS AUTOMATIZA LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS?

Ley N° 20.416 que fija normas especiales para las empresas de menos tamaño (2010).

Ley N° 21.595 sobre delitos económicos (2021).

Legislación extranjera

Decreto Legislativo italiano 231 (2001).

Otros documentos

Historia del establecimiento de la Ley N° 21.595, disponible en: https://www.bcn.cl/historiadaley/fileadmin/file_ley/8195/HLD_8195_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2023.

Ministerio Público, Instructivo 440 (2010).

VARIA

RESEÑA HOMENAJE AL DR. JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

CARLOS CABEZAS CABEZAS
Universidad de Antofagasta

Un día de marzo de 1997, caluroso como son los meses de marzo en norte de Chile, subí las escaleras del viejo edificio de la Universidad de Antofagasta en calle Angamos. Como cualquier mechón, subí con una mezcla de curiosidad e incertidumbre. No estoy seguro de que fuese mi primera clase; quiero creer que así fue.

Entré por la puerta de atrás. La sala era estrecha, estaba abarrotada y sólo quedaba espacio al fondo, por donde había ingresado. Había estudiantes sentados en el suelo, algunos sosteniendo grabadoras. Se escuchaba una voz estentórea, a veces acallada por los vehículos que transitaban por la avenida. Hablaba de normas jurídicas. Apellidos italianos, alemanes y españoles, de improviso, aparecían en el discurso.

Yo no lo sabía en ese momento, pero ese profesor, como lo había hecho con otros y lo sigue haciendo hasta hoy, me presentó la Universidad.

Años más tarde, en un hotel de La Habana, leí estas palabras, escritas por el novelista estadounidense John Williams. El contexto es este: un estudiante de agronomía asiste por error o curiosidad a una clase de literatura inglesa; el profesor, Archer Sloane recita un soneto de Shakespeare que deja paralogizado al protagonista, William Stoner, quien no sabe cómo interpretarlo. Sloane entonces, le espeta, con una suerte de arrogancia cariñosa y premonición: “El señor Shakespeare le habla a través de trescientos años señor Stoner, ¿le escucha?”.

José Luis Guzmán, nacido en Viña del Mar pero porteño por voluntad propia, haciendo cara esa frase que la patria, como el amor, se elige, tiene un currículo vasto y públicamente conocido del cual sólo podré, en esta breve reseña, dar algunos de sus hitos principales, en especial aquellos que se relacionan con su trabajo como penalista en el norte grande de Chile. Licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Valparaíso, llega a Antofagasta a la nueva Facultad de Derecho de la Universidad homónima en 1993; junto a un pequeño grupo de profesores empieza a enseñar, primero, Introducción al Derecho y, ya llegada la primera cohorte al nivel requerido, comienza a enseñar una de las pasiones de su vida, la dolorosa disciplina, el Derecho penal; otro tanto lo hace en la Facultad de Derecho de la vecina Universidad Católica del Norte,

sede Antofagasta. Obtiene la jerarquía de profesor asociado tempranamente en 1994, a la vez que ejerce cargos en la administración universitaria. En 1997 obtiene su doctorado en la Universidad Nacional de educación a distancia, con la tesis titulada *El delito de amenazas en los Derechos español y chileno y en el Derecho comparado*, grado académico que se suma a la especialización en Derecho penal y criminología de la Universidad *La Sapienza* con la tesis *Riflessioni sulla Criminologia critica in Italia*, obtenida en 1991. Son casi doce años los que ejerce labores académicas en la Universidad de Antofagasta, un periodo además fundamental en su productividad científica.

Guzmán Dalbora escribe en esos años artículos, capítulos de libro, monografías, folletos, traducciones, estudios introductorios, demostrando un abanico amplio no sólo de intereses, sino de áreas que maneja con una vastedad de conocimientos envidiable. A la par de la publicación de su tesis de doctorado por la Editorial ConoSur en 1997, sus preocupaciones van desde la parte general a la especial del Derecho penal, sin descuidar la filosofía del derecho. Heredero del neokantismo de Baden y auténticamente liberal –cuando el término no había sido aun expropiado o más bien secuestrado por ciertos economistas en la época más oscura de este país– bebe de obras escritas a caballo entre el siglo XIX y el siglo XX; recurrentes son en sus clases, exposiciones y artículos la presencia, directa o indirecta, de Rudolf Stammel, Max Ernst Mayer y Gustav Radbruch; pero también de la filosofía del derecho italiana, con Giorgio del Vecchio, Norberto Bobbio y Giuseppe Bettoli. En la parte general, destaca su contribución a la extinción de la responsabilidad penal, con un capítulo en el *Texto y Comentario al Código penal chileno, tomo I*, el único publicado en 2002; también, su ponencia de habilitación para la categoría de profesor titular de la Universidad de Antofagasta, *El problema de las conductas de valoración neutra en el Derecho Penal*, defendida ante una comisión conformada por los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Jaime Náquira Riveros, en 2003; imposible no citar su monografía *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, la cual si bien fue publicada por BdF en 2008, es deudora de su extenso periplo antofagastino, como lo dan cuenta capítulos de libro y artículos de revista alrededor de tópicos tales como la pena de muerte, el derecho penitenciario y las medidas de seguridad, publicados en esa década. Pero la parte especial no deja de concentrar su atención: a la ya mencionada tesis sobre el delito de amenazas, sus esfuerzos intelectuales se dirigen a los delitos contra la administración de justicia, el delito de maltrato de animales, el cohecho, los entonces denominados delitos contra la honestidad, las asociaciones ilícitas, el delito de usurpación, allanamiento de morada y un largo etc. La filosofía del Derecho y la del Derecho penal son tan relevantes como la principal cultivada por nuestro homenajeado; es más, es posible avanzar la hipótesis de que es por la

Filosofía del Derecho que Guzmán Dalbora termina dedicándose al Penal: ya en 1996, publica un trabajo sobre la relación entre Derecho penal y filosofía del Derecho en, nada menos, una revista japonesa (*Ho no rinon*); pero también se dedica a aspectos más específicos, como principio de humanidad y derecho penal, dignidad humana y legítima defensa, el concepto y la función de la pena en la obra de su maestro, Manuel de Rivacoba, etc. En materia de historia del derecho y el derecho comparado, a sus trabajos acerca de Códigos penales de países de Hispanoamérica, como Perú y Paraguay se suman los de Derecho internacional: es en su estadía en Antofagasta donde inicia la fructífera relación con la Fundación Konrad-Adenauer, con informes sobre Chile a propósito, por ejemplo, de la ratificación del Estatuto de Roma en nuestro país.

De otra parte, su labor como abogado integrante de la Ilustre Corte de Apelaciones de Antofagasta durante varios años le permite acceder a una experiencia que suma y enriquece su trabajo académico, convirtiendo las horas dedicadas en redactar sentencias penales encomendadas en artículos de revistas y capítulos de libros, manifestando así un férreo compromiso forense.

Sus trabajos dirigidos hacia la comparación con otros ordenamientos jurídico-penales, permite destacar una característica de su trabajo no sólo en el norte de Chile, sino durante toda su vida académica: a pesar de poseer un conocimiento muy fino de la dogmática europea, especialmente alemana e italiana, su compromiso con Hispanoamérica es indiscutido, lo mismo que sus aportes a los países que conforman nuestra vecindad geográfica: ello le vale múltiples reconocimientos: profesor honorario en las Universidades peruanas de Santa María y San Agustín, recibiendo el grado honorífico *honoris causa* de esta última en 2005, honor que repite en la Universidad José Carlos Mariátegui, en 2018, así como la medalla “Alta distinción”, de la Asociación Nacional del Ministerio Público Militar de la República Federal del Brasil en 2004.

Es imposible no referirnos a su trabajo como traductor, en especial, de obras penalistas alemanes entre fines del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX: Gustav Radbruch, Karl Engish, Bertold Freudenthal, Max Grünhut y Max Ernst Mayer, son algunos de esos juristas que pasan por sus manos, regalando al público hispanohablante el acceso en su lengua a textos justamente “clásicos” del Derecho penal, acompañados en varias ocasiones de estudios introductorios que acercan, aún más al lector, a esas obras y los contextos en que se desarrollaron.

Destacable es que Guzmán Dalbora realiza esta labor en una ciudad “de provincias”, alejada de la capital y sus satélites y, por si fuera poco, en el desierto más árido del mundo. Guardando las distancias, me recuerda a lo que Ricardo Piglia contaba en sus célebres lecciones sobre Jorge Luis Borges, en el sentido que toda o buena parte de su erudita producción la hizo con las bibliotecas y

librerías de Buenos Aires. Guzmán Dalbora lo hizo en buena parte, también, con la biblioteca de la Universidad de Antofagasta, la que logra, en materia de Derecho, llenar de volúmenes, no solo de Derecho penal, sino de otras disciplinas, prueba tanto de un compromiso irrestricto con la Universidad, como que una labor científica prolífica no depende de una ubicación geográfica, sino de un espíritu inquieto.

Me permito citar a nuestro homenajeado, que resume muy bien ese espíritu científico inquieto: “El universitario tiene el deber de comunicar los productos de sus afanes a la comunidad. Pero los países americanos necesitan algo más que el rendimiento objetivo de sus universidades para salir del estado de subdesarrollo. Tan fundamental como el aprovechamiento colectivo de lo que se discurre en el gabinete, se ensaya en el laboratorio o se lleva a cabo en el pabellón quirúrgico, es infundir en nuestros compatriotas, allí donde sea preciso, ese espíritu que no se arredra ante las limitaciones y las transforma en una oportunidad de crecimiento interior. Mientras más operante, fértil y complejo se torna un individuo, más rica, variada y diversa deviene su comunidad. Así entiendo yo el patriotismo, siquiera en esto debiera imperar una suerte de Internacional del espíritu, puesto que frente a problemas comunes carecen de sentido las fronteras políticas”⁵¹.

Sin embargo, todo esto solo daría cuenta de un profesor universitario que cumple a cabalidad su trabajo, lo que no explica la razón de un homenaje de esta magnitud, incluso considerado la vastedad de su obra.

Quizás lo que mejor podría explicar las razones por las que esta organización ha decidido entregar este reconocimiento está en el trabajo más delicado que hace un académico: sus estudiantes.

Desde temprano, a la par del rigor con que se conducía y se conduce en la Universidad, Guzmán Dalbora demostró una cualidad que no es necesariamente habitual: una enorme generosidad con el vasto saber que acumula. En Antofagasta funda su primer seminario de Derecho penal y abre su casa, un departamento en la población Coviefi a sus alumnos interesados en el derecho penal y el Derecho en general, pero también a abogados y abogadas y luego a fiscales y defensores quienes el día sábado en la tarde se reúnen a conversar, escuchar y debatir sobre la pasión de su vida, en un ambiente siempre guiado por la absoluta libertad de expresión. Así, junto al café, las galletas y sus gatos, se discuten los alcances del último libro de Silva Sánchez, el concepto de inex-

⁵¹ “Sobre el sentido de una distinción universitaria”, en el folleto “Cuatro discursos universitarios”, por Joaquín Cuello Contreras, José Luis Guzmán Dalbora, Miguel Olmedo Cardenete y Julio Armaza Galdos. Publicaciones de la Universidad Nacional San Agustín, Arequipa, 2005, pp. 23-26.

gibilidad en Freudenthal o un capítulo de libro que Guzmán Dalbora prepara, queriendo saber nuestra opinión, no como un gesto de condescendencia, sino con el genuino interés de confrontar sus ideas. A ello se suma una fe inquebrantable en los valores de la humanidad y la fraternidad a los que somete a prueba en forma constante, tanto en su obra como con sus estudiantes de pre y post grado, tratándolos como iguales, respetando su independencia ideológica y dogmática. ¿Cuántas vocaciones académicas se inauguraron después de escucharlo en clases, en sus seminarios o simplemente leyéndolo?

Luego de asistir a esa clase, donde William Stoner es interpelado por Archer Sloane, abandona la agronomía y dedica el resto de su vida a la literatura inglesa.

Sí: muchos de nosotros también fuimos interpelados, no por Shakespeare, sino por aquellos juristas cuyas fotografías en sepia cuelgan de las paredes del despacho de José Luis. Fuimos interpelados pues alguien, un universitario integral, con cariño y premonición, nos preguntó si escuchábamos.

Y sí, José Luis, escuchamos. Escuchamos quienes podemos decir, con una mezcla de orgullo y humildad, que somos tus discípulos. Pero también todos quienes abrazaron la vida académica o el desempeño forense del Derecho penal, inspirados en esos principios inalienables, impresos en cada clase, ponencia o artículo. No creo que exista, además de tu extensa obra, una manifestación más patente de la influencia que has tenido, en el norte grande de Chile o en cualquier otro lugar de nuestro país.

Muchas gracias y buenas tardes a todos.

