

INFORMES EN

DERECHO

DOCTRINA PROCESAL PENAL
2011

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública
Santiago de Chile • Octubre de 2012

© Defensoría Penal Pública

Libertador General Bernardo O`Higgins 1449, piso 8

“Prohibida la reproducción, almacenamiento o transmisión, de manera alguna y por cualquier medio sin autorización previa del autor y los editores”.

Registro de Propiedad Intelectual N° 223.015

Santiago - Chile

I.S.B.N. N° 978-956-8349-04-2 (Obras Completas)

I.S.B.N. N° 978-956-8349-24-0 (Volumen 10)

Producción y Edición:

Defensoría Nacional

Defensoría Penal Pública

ÍNDICE

I.	Presentación.....	7
II.	Constitucionalidad del Art. 8 transitorio de la Ley N° 20.477 que modifica el Código de Justicia Militar	9
III.	Error de tipo y error de prohibición en los delitos contra la autodeterminación sexual	23
IV.	El derecho a defensa ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: La figura del defensor interamericano y su implementación en Chile	79
V.	Alcances al inciso 2° del Art. 374 bis del Código Penal	131
VI.	El delito de malversación de caudales públicos imputado a L.B.P.	147
VII.	Sobre el delito continuado.....	151
VIII.	El delito de fraude al Fisco del artículo 239 del Código Penal	159
IX.	Los delitos de prevaricación y negociación incompatible imputados a R.D.M.....	173
X.	Malversación de caudales públicos, causa Ministerio Público contra J.A.D.M. y L.A.M.Q.....	181

I. Presentación

Una de las misiones más importantes de la Defensoría Penal Pública es la difusión de su labor, la que se realiza no sólo a las personas a las que prestamos nuestro servicio, sino también a la comunidad jurídica y académica. Es por ello que cada año son publicados los informes en Derecho que fueron encargados por la Defensoría Nacional y las distintas Defensorías Regionales a destacados académicos. Creemos que la entrega de los informes redactados en el periodo 2011 permitirá enriquecer el debate forense en temas de actual relevancia, ya que las materias penales y procesales penales que nuestros defensores han discutido en audiencias son cada vez más complejas, por lo que las soluciones a ellos requieren de un cúmulo cada vez mayor de fundamentos doctrinales y jurisprudenciales.

Con la convicción de que esta publicación acrecentará el proceso de difusión y conocimiento general de las doctrinas que actualmente se discuten en sede penal, les presentamos los siguientes informes:

- “Sobre la constitucionalidad del Art. 8 transitorio de la Ley N° 20.477, que modifica el Código de Justicia Militar”, Eduardo Aldunate Lizana.
- “El error de tipo y error de prohibición en los delitos contra la autodeterminación sexual”, Juan Pablo Mañalich R.
- “El derecho a defensa ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: La figura del defensor interamericano y su implementación en Chile”, Claudio Nash Rojas.
- “Alcances al inciso segundo del Art. 374 bis del Código Penal”, Héctor Hernández Basualto.
- “El delito de malversación de caudales públicos imputado a L.B.P.”, Juan Ignacio Piña R.
- “Sobre el delito continuado”, José Luis Guzmán Dalbora.
- “El delito de fraude al Fisco del artículo 239 del Código Penal”, José Luis Guzmán Dalbora.
- “Los delitos de prevaricación y negociación incompatible imputados a R. D. M.”, Juan Ignacio Piña R.

INFORMES EN DERECHO

- “Los delitos de malversación de caudales públicos en la causa ‘Ministerio Público contra J. A. D. M y L. A. M. Q.’”, Juan Ignacio Piña R.

II. Constitucionalidad del Art. 8 transitorio de la Ley N° 20.477 que modifica el Código de Justicia Militar

EDUARDO ALDUNATE LIZANA

I. Objeto del presente informe

El presente informe tiene por objeto analizar la constitucionalidad del artículo 8 transitorio de la Ley N° 20.477 que modifica el Código de Justicia Militar, y que reza, literalmente como sigue:

- *Artículo 8°.— En el nuevo juicio seguido ante el Juez de Garantía o Tribunal Oral en lo Penal, en su caso, que resulte de la aplicación de las normas transitorias anteriores, el Ministerio Público deberá señalar en su acusación los medios de prueba rendidos anteriormente ante el Tribunal Militar, de conformidad a lo señalado en el artículo 259 letra f) del Código Procesal Penal, los que formarán parte del auto de apertura del juicio oral.*

En los casos que resulte la aplicación del procedimiento simplificado o abreviado, los medios de prueba antes dichos se entenderán parte integrante del requerimiento o la acusación verbal respectivamente.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el 334 del Código Procesal Penal, podrán reproducirse o darse lectura a los registros en que constaren declaraciones de testigos y peritos rendidas ante el Tribunal Militar, cuando estas personas hayan fallecido, caído en incapacidad física o mental, su residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de solucionar no pudiesen declarar en el juicio, en conformidad al artículo 329 del mismo Código.

La prueba confesional y testimonial rendida ante el Tribunal Militar podrá utilizarse en la audiencia de juicio ante el Juez

de Garantía o Tribunal Oral en lo Penal, en su caso, según lo dispuesto en el artículo 332 del Código Procesal Penal.

Para los efectos de este artículo, no será aplicable a la prueba que se haya rendido ante el Tribunal Militar lo dispuesto en el artículo 276 del Código Procesal Penal.

II. Antecedentes

La Ley N° 20.477, a la cual pertenece el artículo en estudio, modifica la competencia de los tribunales militares, estableciendo un principio de estricta separación entre la jurisdicción de los tribunales militares y los tribunales ordinarios de justicia con competencia en lo penal. El Art. 1 de la Ley señala que *“En ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal.”* De conformidad con este principio, la Ley opta por traspasar a los tribunales ordinarios con competencia penal el procesamiento de aquellas personas que, según la nueva regulación, no pueden ser procesadas penalmente ante los tribunales militares, de acuerdo al artículo 1 de las disposiciones transitorias: *“Al momento de entrar en vigencia la presente Ley, los juicios seguidos ante Tribunales Militares, en que se persiga la responsabilidad penal de una persona que no tuviere la calidad de militar, continuarán su tramitación ante la Justicia Ordinaria, de conformidad a los procedimientos que a esos tribunales ordinarios en materia criminal les corresponda aplicar.”* El efecto de ambas disposiciones es que un universo de personas que se encontraban siendo juzgadas penalmente ante los tribunales militares, pasarán a ser juzgadas ante los tribunales ordinarios con competencia penal. Las demás disposiciones transitorias del proyecto regulan cuestiones de procedimiento (Arts. 2 y 3), la continuidad de las medidas cautelares hasta el respectivo pronunciamiento por el juzgado de garantía y la oportunidad de la formalización (Art. 4), fijan la competencia del tribunal en lo penal en caso de causas derivadas de un principio de ejecución anterior a la entrada en vigencia de la reforma procesal penal y el procedimiento a aplicarse en ese caso (Art. 5), el traspaso de causas en segunda instancia (Art. 6) , y se contempla la regla de competencia de los tribunales ordinarios con competencia penal, para la primera y segunda instancia (Art. 7).

El Art. 8 transitorio se aparta de la regulación de las reglas que fijan la competencia, el procedimiento y los plazos y forma de hacer el traspaso de las causas de los tribunales militares a los tribunales ordinarios con competencia penal, y regula diversos aspectos relativos a la prueba.

En primer lugar, se indica que el fiscal deberá señalar en la acusación los medios de prueba rendidos anteriormente ante el tribunal militar, mismos que

formarán parte del auto de apertura del juicio oral (o, en su caso, del requerimiento o de la acusación verbal en el procedimiento simplificado o abreviado, respectivamente).

En segundo lugar, se regula la procedencia de la lectura de los registros en que consten declaraciones de testigos y peritos cuando por cualquier motivo difícil de solucionar no pudiesen declarar en juicio, haciendo aplicable aquí la regla del Art. 329 del Código Procesal Penal; asimismo, se admite que la prueba confesional y testimonial rendida ante el Tribunal Militar se utilice en la audiencia de juicio ante el juez de garantía o el tribunal oral en lo penal, en su caso, conforme a lo previsto en el artículo 332 del Código Procesal Penal.

En tercer lugar, y en lo que constituye el objeto de análisis de este informe, el inciso final del Art. 8 de las disposiciones transitorias señala literalmente que *“Para los efectos de este artículo, no será aplicable a la prueba que se haya rendido ante el Tribunal Militar lo dispuesto en el artículo 276 del Código Procesal Penal”*.

El proyecto de Ley fue remitido al Tribunal Constitucional para su control preventivo obligatorio, tratándose de una Ley que modifica la organización y atribuciones de los tribunales, y habida cuenta que los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8° y 9° permanentes y 1°, 5°, 6° y 7° transitorios del proyecto de Ley remitido fueron aprobados con el quórum previsto por la Constitución para las Leyes orgánicas constitucionales.

El tribunal, por resolución recaída en rol N° 1845, de fecha 12 de noviembre de 2010, circunscribió su examen a los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, numerales 3) y 4), 5°, 6°, 7°, 8° y 9° permanentes y artículos transitorios 1°, 5°, incisos primero y segundo, 6°, a excepción de la frase del inciso segundo *“Los casos de coautoría y coparticipación de civiles y militares, se sustanciarán y fallarán conforme a las normas vigentes al momento de iniciación del referido proceso”*, y 7° del proyecto de Ley, en cuanto éstos confieren competencia a los tribunales que mencionan y, por consiguiente, regulan una materia propia de la Ley orgánica constitucional a que se refiere el inciso primero del artículo 77 de la Carta Fundamental, así como a los numerales 1) y 2) del artículo 4° permanente del proyecto de Ley, por cuanto regulan las materias de naturaleza orgánica constitucional a que se refieren los artículos 77, inciso primero, y 105 de la Carta Fundamental. En definitiva, declaró constitucional el proyecto, en sentencia declarativa respecto del Art. 1°, que el Tribunal considera constitucional *“en el entendido que los civiles y los menores de edad en ningún caso podrán quedar sujetos a la competencia de los tribunales militares en calidad de imputados, quedando a salvo los derechos que les asisten para accionar ante dichos tribunales especiales en calidad de víctimas o titulares de la acción penal”*.

III. Análisis

1. Planteamiento del problema

El precepto bajo estudio excluye, para los casos traspasados desde la justicia militar a la justicia ordinaria, la aplicación del Art. 276 del Código Procesal Penal. Éste contiene reglas sobre exclusión de prueba, según el siguiente tenor

- *Artículo 276.— Exclusión de pruebas para el juicio oral. El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios.*

Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.

Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral.

De este modo, las reglas sobre exclusión de la prueba contenidas en este artículo se pueden ordenar en las siguientes categorías:

- a) exclusión de prueba impertinente o que tuviere por objeto acreditar hechos públicos y notorios,
- b) exclusión de prueba redundante y dilatoria,
- c) exclusión de prueba ilícita, ya sea provenientes de actuaciones declaradas nulas, ya sea de pruebas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Al señalar el Art. 8 transitorio de la Ley N° 20.477 que no se aplicará a la prueba rendida ante el tribunal militar el Art. 276 del Código Procesal Penal, produce efectos procesales probatorios paradójicos. En efecto, para las dos primeras categorías reseñadas en el párrafo anterior, esto significa que no se podrá

excluir la prueba inútil (impertinente o destinada a acreditar hechos públicos y notorios) ni la prueba dilatoria.

Dicho de otro modo, se incorpora prueba que, desde el punto de vista de la *ratio legis* de la disposición, es neutral o bien indiferente al resultado del proceso, en una perspectiva sustancial. En ambos casos se trata en el Código Procesal Penal de una disposición destinada a evitar trámites innecesarios o meramente dilatorios, como lo reconoce el texto mismo del precepto.

No sucede lo mismo con la exclusión de la prueba ilícita. El objeto del inciso III del artículo 276 del Código Procesal Penal es distinto al de los incisos anteriores, y busca eliminar una prueba que no debe estar allí, desde la perspectiva de los requisitos de su juridicidad; ya sea porque ha perdido su sustento o causa procesal, al originarse en actuaciones o diligencias que han sido declaradas nulas, y que por lo tanto ya no pueden ser consideradas en el proceso, o bien porque se encuentran afectadas de un vicio de juridicidad que, aun cuando no provengan de actuaciones nulas, no pueden ser válidamente incorporadas al proceso; aquellas que se hubieren obtenido con inobservancia de garantías fundamentales.

Ambos casos, si bien aparecen mencionados en un mismo precepto, deben ser cuidadosamente diferenciados. En el caso de la exclusión de la prueba ilícita proveniente de actuaciones declaradas nulas, se trata de un efecto adicional y consecuencial a la nulidad procesal de dichas actuaciones, que queda dentro del ámbito en que el legislador puede configurar la ritualidad del proceso, mientras con ello no contravenga las exigencias del debido proceso. De este modo, y aunque desde el punto de vista de los principios que rigen el procedimiento quizás pueda parecer reprochable, no va contra el derecho, no es antijurídica *per se*, una regulación de la nulidad procesal en que se imponga la conservación de ciertos actos o diligencias con posterioridad a la declaración de nulidad de la actuación procesal que les dio origen. Si bien desde una perspectiva meramente teórica podría predicarse una relación directa entre antijuridicidad de una actuación y la privación completa, por vía de nulidad, de efectos del acto antijurídico (nulo), lo cierto es que la regulación positiva a veces opta por bienes o intereses distintos de la preservación de la juridicidad. No existe un mandato constitucional que prohíba esta opción al legislador, salvo, como ya se ha dicho, que la restricción de los efectos de nulidad pueda ser considerada en sí misma atentatoria contra del debido proceso.

En este marco, la exclusión que el Art. 8 transitorio de la Ley N° 20.477 dispone del Art. 276 del Código Procesal Penal debe entenderse en el contexto de los procesos ya iniciados ante la justicia militar. Puesto que el Código de Justicia Militar y, en la parte en que éste se remite a él, el Código de Procedimiento Penal no contemplan reglas para excluir prueba ilícita como no sea en los recursos encaminados contra las respectivas sentencias, la restricción, en esta parte, carece de contenido, en dos de las tres hipótesis que caben en esta materia:

a) Una actuación, y la consecuente prueba, ya ha sido declarada nula. En este caso, la exclusión que hace el Art. 8 transitorio de la Ley N° 20.447 de la aplicación del Art. 276 no es relevante, porque el material probatorio que llega a la justicia criminal civil ya ha sido depurado de la prueba que era consecuencia de la actuación nula.

b) Al momento de traspasarse el respectivo proceso está pendiente algún incidente relacionado con la admisibilidad de la prueba lo que, como se ha dicho, no parece estar contemplado dentro de la regulación procesal aplicable a los procesos llevados bajo la Justicia Militar al amparo de la regulación del Código de Procedimiento Penal.

c) Se impugna la prueba producida en el proceso, en su etapa ante la justicia militar, una vez traspasado el proceso a la justicia civil. Éste es el caso en el cual podría tener relevancia la disposición del Art. 8 transitorio de la Ley N° 20.477.

2. Fundamento de la exclusión de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales

Los presupuestos y los motivos existentes para excluir la prueba ilícita derivada de la observancia de garantías fundamentales son del todo diferentes a aquellos que sólo se refieren a la configuración del procedimiento y sus ritualidades, y dicen relación con la función normativa que cumplen las garantías constitucionales como requisitos materiales del actuar de los órganos del Estado en ejercicio de sus competencias y, en especial, con las exigencias de un justo y racional procedimiento.

Las dos primeras reglas contempladas en el Art. 276 del Código Procesal Penal, y cuya exclusión prescribe el Art. 8 transitorio de la Ley N° 20.477 no ameritan mayor comentario porque ni inciden en los derechos de defensa de los acusados en juicio, ni alteran en general las posiciones procesales de la partes en lo relativo a la prueba.

Respecto de la exclusión de prueba ilícita allí donde la ilicitud proviene de una fuente exclusivamente procesal legal, forma parte de los márgenes de configuración del legislador y no resulta constitucionalmente reprochable, como ya se ha dicho. Pero la inobservancia de garantías fundamentales en la obtención de la prueba, sean aquellas que pueden estimarse comprendidas dentro del debido proceso, sean, en general, otras garantías fundamentales, afecta la juridicidad de la respectiva actuación de una manera que el legislador no puede subsanar. La explicación de esto se encuentra en la relación entre garantías fundamentales y actuación del estado persecutor y juzgador criminal

La mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia está conteste en afirmar que los derechos fundamentales y sus respectivas garantías son valores fundados

en la dignidad de la persona. Aun cuando se pueda compartir este fundamento en un nivel abstracto, dicha afirmación no permite, por sí misma, delinear con claridad su contenido jurídico, sus consecuencias normativas. Con mayor precisión, debe afirmarse la calidad de los preceptos que consagran derechos fundamentales y sus garantías en el sentido original en que fueron contemplados en el preámbulo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea Nacional Francesa, de 1789, esto es, como preceptos que permiten evaluar la juridicidad del actuar de los órganos del Estado en cualquiera de sus manifestaciones. De este modo, con independencia de su contenido subjetivo, en su dimensión objetiva los derechos fundamentales y sus garantías constituyen preceptos que establecen un contenido material como requisito de actuación de los órganos del Estado. Si este requisito no se cumple, el actuar del Estado se torna antijurídico a partir de la misma fuente constitucional del respectivo derecho. Tratándose de reglas aplicables al actuar del Estado como unidad del poder político institucionalizado, cualquiera actividad estatal, sea legislativa, jurisdiccional o administrativa se torna antijurídica cuando se está ante la presencia de una afectación ilícita de los derechos fundamentales.

En el caso de la actividad probatoria dirigida a habilitar al órgano jurisdiccional para fundar su sentencia condenatoria en materia penal (logrando de este modo superar el estado inicial de inocencia previo al proceso, en que se encuentra todo individuo), si ella se ha obtenido con lesión de derechos o garantías fundamentales, se torna ilícita y no sustentará la decisión jurisdiccional condenatoria.

La doctrina y jurisprudencia comparadas han desarrollado extensivamente esta idea. En Alemania, se atribuye a Ernst Beling, en su obra *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, 1903 el haber dado inicio a este tópico; en el caso norteamericano, ha sido la jurisprudencia de la Corte Suprema, en especial bajo la impronta de los jueces O.W. Holmes y E. Warren, la que ha desarrollado la regla de exclusión de prueba obtenida con violación de derechos contenidos en las enmiendas I a X y XIV de la Constitución de los EE.UU.

En España, ha sido la jurisprudencia la que ha actualizado la regla de exclusión de la prueba ilícita por violación de derechos fundamentales, frente a la ausencia de una regla constitucional explícita relativa a esta materia. En el fundamento jurídico cuatro de la sentencia 114/1984 del Tribunal Constitucional español se expone esta doctrina:

“Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente obtenida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (Art. 10.1 de la Constitución [RCL 1978, 28361]) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho a una

libertad fundamental. Para nosotros, en este caso, no se trata de decidir en general la problemática de la prueba con causa ilícita sino, más limitadamente, de constatar la "resistencia" frente a la misma de los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de 'elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica'...

Por su parte, en el fundamento segundo del auto del Tribunal Constitucional español 282/1993, de 20 de septiembre de ese año (RTC 1993 282 AUTO), se expresa:

"La doctrina de este Tribunal ha señalado asimismo que la presunción de inocencia supone la imposibilidad de que se dicte sentencia condenatoria cuando exista un vacío probatorio, ya sea por ausencia material de prueba o porque ésta, por ilicitud constitucional, no pueda ser tenida en cuenta".

En sentencia 81/1998 (RTC 1998,81), el Tribunal Constitucional resume su posición en el fundamento jurídico segundo, señalando que:

"Aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales".

El reconocimiento de esta regla, en el caso español, no sólo proviene del Tribunal Constitucional sino también de la jurisdicción ordinaria. Así, el Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico segundo de su sentencia de 29 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2647) ha dicho que:

"Tradicionalmente la doctrina, en los supuestos como el ahora examinado, venía concediendo relevancia a los resultados de tales pruebas ilegítimamente adquiridas, porque en la ponderación de intereses en juego se estimaba que tenía que prevalecer aquel de carácter público que derivaba de la necesidad de que en el proceso penal la sentencia definitiva respondiera a la verdad material, por encima de lo que se consideraba como una lesión a un derecho individual. Sin embargo cuando estos derechos de la persona se incorporan a la vida política de los Estados, de manera que, rebasando su carácter meramente subjetivo e individual, se constituyen en elementos esenciales del ordenamiento jurídico en cuanto a que se conciben como pieza clave para la organización de una convivencia verdaderamente humana, justa y pacífica, entonces la perspectiva cambia y ante el carácter fundamental que se concede a tales derechos (...) se impone la necesidad de estimar radicalmente nula la prueba la prueba así obtenida y, por tanto, sin eficacia alguna en el proceso".

En Estados Unidos, la exclusión de la prueba ilícita tampoco cuenta con reconocimiento expreso a nivel de la Constitución Federal: sin embargo, ya desde 1914 se desarrolla una jurisprudencia uniforme en el sentido de aceptar esta regla como corolario de la consagración constitucional de los respectivos derechos protegidos. En *Weeks* contra EE.UU. (232, US 383, 1914), la Corte Suprema formula de manera sintética la relación entre la regla de exclusión y el contenido material de la inviolabilidad del hogar, al señalar que “*Si las cartas y documentos privados pueden ser de este modo confiscados y retenidos y usados en evidencia contra un ciudadano acusado de una ofensa, la protección de la Cuarta Enmienda, que declara su derecho a la seguridad contra tales registros y confiscaciones, no tiene valor*” (citado por María Francisca Zapata García, *La Prueba Ilícita*, LexisNexis, 2004, p.107). Sobre la base de este fallo, el voto disidente del juez en el caso *Olmstead* contra EE.UU. (227 US 438, 1928) establece una idea importante en la construcción de la regla, al extender la prohibición de actuaciones ilegítimas que recae sobre los agentes prosecutors, también, al órgano jurisdiccional (ibidem).

La línea argumental, en el caso norteamericano, funda la regla de exclusión de prueba obtenida en contravención de derechos constitucionales en la moral, y en el principio del derecho común de que nadie puede obtener provecho de sus delitos. Sin embargo, lo más relevante de su desarrollo está en la constatación de que la admisión de pruebas así obtenidas implica el desconocimiento del contenido normativo de los respectivos derechos y de la protección que se les otorga al consagrarlos constitucionalmente.

Nuestros tribunales no han tenido necesidad de desarrollar una regla de exclusión de prueba ilícita por la existencia de la respectiva regla, a nivel legal, desde la entrada en vigencia del Código Procesal Penal. Sin embargo, en lo que interesa a este informe, la cuestión radica en saber si dicha regla no sólo tiene fuente legal, sino que, además, puede afirmarse como una regla de derecho constitucional vigente.

3. Fuente constitucional del deber de exclusión de la prueba ilícita en el proceso

En nuestra Constitución, el Art. 7 i. I establece los requisitos del actuar válido de los órganos del Estado. La expresión “en la forma prescrita por la Ley” tiene un triple alcance.

En primer lugar, se refiere al cumplimiento de las formalidades externas que el ordenamiento jurídico puede prever para determinados actos, como por ejemplo, a nivel constitucional, la firma del ministro en un decreto presidencial, sin la cual se ordena, incluso que éste no sea obedecido.

En segundo lugar, se refiere a la forma entendida como procedimiento, como secuencia regulada de actos y actuaciones materiales que los órganos del Estado deben cumplir para llegar a un determinado resultado, y que éste sea considerado un actuar válido. Este es por ejemplo, a nivel constitucional, el caso del procedimiento formativo de la Ley, y a nivel legal, de todos los procedimientos judiciales.

En tercer lugar, se refiere al modo de actuación. Sería absurdo pensar que la Constitución sólo exige a los órganos del estado adecuarse a las solemnidades externas en la producción de sus actos, o a los procedimientos prescritos, y no, en cambio, una adecuación material, sustantiva de sus actos al ordenamiento jurídico, y en particular, al constitucional. Los derechos fundamentales y sus garantías constituyen precisamente el estándar material permanente de actuación de los órganos del Estado, con prescindencia del tipo de actuación que desarrollen.

La aplicación del Art. 7 C.P.R. a la actividad de los órganos del Estado involucrados en la persecución penal implica que éstos, en toda la actividad desarrollada con el objetivo de asociar una consecuencia punitiva a uno o más sujetos determinados, tanto en su etapa de investigación, de acusación, como de juzgamiento, está sometida a la misma exigencia. Descrito en términos metafóricos, el ordenamiento jurídico dota al Estado de la potestad de llevar a un individuo desde la calle hasta detrás de las rejas si y sólo si puede recorrer todo el trayecto, desde la aprehensión física hasta la clausura del encierro, por el camino del derecho. Cualquier paso dado fuera de la juridicidad priva a la potestad del Estado de su sustento de juridicidad haciéndola devenir, desde el punto de vista del Estado, en antijurídica, inválida, y desde la perspectiva de su aptitud para conducir al resultado punitivo, lo transforma en un acto de un particular desprovisto de potestad y adicional y muy probablemente, además, delictivo o a lo menos contravencional.

De este modo, la prueba obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales es una prueba que el Estado no puede ocupar, ni como parte acusadora ni como instancia juzgadora, para llevar a un acusado a una posición jurídica de responsabilidad, o en general, en que tenga que soportar consecuencias negativas de su actuar. Desde el punto de vista del Estado como ente revestido de potestades sólo en el ámbito definido por el derecho, es una no—prueba, que si bien puede ser prueba materialmente existente, queda vedada al Estado en el ejercicio de sus potestades juridificadas. El sustento moral que se encuentra presente en algunos argumentos de la jurisprudencia norteamericana se explica mejor desde esta perspectiva; el reproche de una conducta individual por antijurídica sólo puede hacerse desde una posición de juridicidad.

Una disposición legal que habilita al Estado para incorporar a la persecución penal actuaciones que han transgredido garantías constitucionales, o bien que permite la conservación de las mismas, inhibiendo los medios procesales

existentes que permiten hacer efectiva su exclusión, incumple con los deberes materiales que le imponen dichas garantías y es, ya por este sólo concepto, inconstitucional.

De este modo, basta el sólo mandato del artículo 7° de la Constitución Política República, en relación con el precepto que garantiza cada uno de los derechos constitucionales, para sostener que el órgano persecutor queda inhibido para hacer valer, y el órgano jurisdiccional para considerar aquella prueba que es el resultado de actividad ilícita, cuando dicha ilicitud consiste en la transgresión de los derechos garantizados en la Constitución.

No obstante lo anterior, la regla de exclusión de prueba ilícita resulta de una serie de otras disposiciones constitucionales, cada una de las cuales por sí sola, y en su conjunto con mucho mayor peso, permiten fundarla como regla constitucional vigente.

Por lo pronto, el precepto constitucional del Art. 19 N° 3 i. V ordena al legislador contemplar siempre las garantías de una investigación y procedimientos racionales y justos. Colinda con lo obvio la afirmación de que una investigación y procedimiento que utiliza o acepta como medios probatorios pruebas obtenidas con transgresión de la misma Constitución no pueden ser considerados justos, y tampoco racionales. Esto último porque se trataría de un procedimiento contradictorio en que el Estado busca ejercer su competencia frente al actuar antijurídico del individuo, validando su propia actuación ilícita, como se ha hecho ver precedentemente.

Por otro lado, la posibilidad de validar legalmente la prueba obtenida mediante transgresión de derechos constitucionales (regla del Art. 8 transitorio en comentario) implicaría que, al menos en ese acotado ámbito, la coraza protectora con que usualmente son comparadas las garantías constitucionales, se ve abierta y expuesta por fuentes del derecho subconstitucionales. Dicho de otro modo, se estaría admitiendo que el contenido esencial del derecho sea afectado por una fuente legal, o inferior, lo que va en contra de lo dispuesto en el Art. 19 N° 26 C.P.R. La referencia al contenido esencial es pertinente aquí porque la inobservancia de garantías fundamentales que puede estar en el origen de la respectiva prueba no se encuentra circunscrita a grado alguno de entidad o importancia. Dicho de otro modo, puede tratarse de lesiones graves a las garantías fundamentales e, incluso, siendo así, la regla contenida en el Art. 8 transitorio bajo análisis las estaría validando como pruebas.

Por último, dentro del ámbito del deber de respeto y promoción contemplado en el Art. 5 i. II CPR, con independencia de la discusión doctrinaria que pueda existir respecto de la correspondencia entre la noción de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y aquellos garantizados por la Constitución y los tratados, es claro que la Constitución ordena a los órganos del Estado respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución y los tratados

internacionales, a lo menos en el ámbito de dichos derechos esenciales. La disposición del Art. 8 transitorio de la Ley N° 20.477 habilita, en cambio, una validación de la prueba obtenida con inobservancia de garantías constitucionales incumpliendo tanto el deber de promoción como el deber de respeto.

Expresado en términos simples, esta disposición transitoria dispensa al órgano jurisdiccional del deber de respeto a las garantías fundamentales, lo que, sin necesidad de mayor argumentación, no se admite a la Ley respecto de deberes impuestos por la Constitución.

4. El Art. 8 transitorio de la Ley 20.477 establece una discriminación arbitraria.

Junto con lo ya dicho, y que es atinente a la ilicitud de la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales desde la perspectiva de los propios derechos fundamentales, el Art. 8 transitorio de la Ley N° 20.477 puede ser reprochado a partir del precepto del Art. 19 N° 2 de la Constitución, que prohíbe a la Ley establecer diferencias arbitrarias.

Una diferencia o discriminación es arbitraria cuando su resultado de decisión o regulación es distinto respecto de dos sujetos o categorías de sujetos sin que pueda apreciarse, como elemento para justificar dicho trato diferenciado, un elemento diferenciador objetivo y razonable. En sentencia reciente, recaída en rol N° 1365, el Tribunal Constitucional ha señalado, en su considerando 29°, que *“la razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la Ley asegurado por el artículo 19 N° 2° de la Carta Fundamental”*, agregando a continuación que la igualdad ante la Ley *“consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la Ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición”*, concluyendo que *“la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”*. Sigue, en este sentido, el criterio asentado en sentencias anteriores, roles N°s. 28, 53 y 219, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (STC 128/1987), según cita en ese mismo fallo.

La disposición del Art. 8 transitorio genera una situación de discriminación para la cual es discutible la existencia de un criterio objetivo de diferenciación, y en todo caso no es posible construir un argumento de razonabilidad.

La disposición bajo análisis toma un aparente criterio discriminador, como lo es el origen de la respectiva causa (si proviene de la justicia militar no podrá

excluirse la prueba ilícita, si proviene de un juicio penal de la jurisdicción civil, esta prueba sí podrá ser excluida). Sin embargo, si se aprecia con detenimiento, se observa que en la hipótesis de aplicación dicho elemento o criterio diferenciador es irrelevante: se trata de causas sometidas a los tribunales del sistema penal tras la reforma y que, en uno y otro caso, tendrán que dictar sentencia de acuerdo al procedimiento contenido en el Código Procesal Penal. Siendo así, estamos ante la presencia de un criterio diferenciador irrelevante o aparente lo que, de por sí, torna arbitraria la discriminación.

Sin embargo, aunque se validase el origen de las causas como elemento objetivo diferenciador para la exclusión que produce el Art. 8 transitorio de la Ley N° 20.477, éste sigue siendo arbitrario o injustificado. En efecto, no se observa qué argumento pueda esbozarse para que las personas que han sido sometidas a la justicia militar previamente, y sus procesos continúan ante la jurisdicción penal ordinaria, se vean privados o disminuidos en sus derechos de defensa. La *ratio legis* subyacente a la Ley más bien es indicativa de la necesidad de reforzar el derecho de defensa de personas que, debiendo haber sido procesadas por la jurisdicción común, fueron sometidas a la justicia militar por disposiciones de excepción que hoy, justamente, se trata de corregir. El único argumento divisible es que, como bajo el procesamiento llevado a cabo por la justicia militar pudieron haberse producido pruebas con inobservancia de garantías fundamentales, se busca conservarlas para no perjudicar la persecución penal al traspasarse las causas. Esto significa supeditar los intereses y derechos de los individuos a las finalidades de las pretensiones punitivas del Estado, y por lo tanto, invertir el principio constitucional de que el Estado se encuentra al servicio de la persona consagrado en el Art. 1 C.P.R.. Por lo mismo, ésta, que es la única justificación que pudiera darse para el Art. 8 transitorio en lo relativo a prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, no puede aceptarse como razonable al amparo de la Constitución.

IV. Conclusiones

1. El Art. 8 transitorio, i. final de la Ley N° 20.477, en cuanto excluye la aplicación del Art. 276 del Código Procesal Penal y en esa medida impide la exclusión de prueba ilícita, en particular aquella derivada de inobservancia de garantías fundamentales, infringe el Art. 7 de la Constitución Política de la República, en concordancia con los respectivos preceptos de los derechos fundamentales que en su caso sean lesionados, al permitir que determinados elementos de la persecución criminal escapen a la exigencia de juridicidad, en su dimensión material, contenida en el inciso I de dicho artículo, y aún así puedan servir de base a una sentencia en materia penal.
2. El Art. 8 transitorio, i. final de la Ley N° 20.477, en cuanto excluye la aplicación del Art. 276 del Código Procesal Penal y en esa medida impide la

exclusión de prueba ilícita, en particular aquella derivada de inobservancia de garantías fundamentales, infringe el mandato constitucional dirigido al legislador, en orden a establecer siempre las garantías de un justo y racional procedimiento. Un procedimiento judicial en que resulta admisible la actuación ilícita de los órganos del Estado, en particular si ella proviene de lesiones de preceptos constitucionales iusfundamentales, no puede ser calificado de justo y, por la contradicción que encierra, es claramente irracional.

3. El Art. 8 transitorio, i. final de la Ley N° 20.477, en cuanto excluye la aplicación del Art. 276 del Código Procesal Penal y en esa medida impide la exclusión de prueba ilícita, en particular aquella derivada de inobservancia de garantías fundamentales, va en contra de todos y cada uno de los preceptos de derechos constitucionales garantizados en el Art. 19 de la Constitución, en concordancia con el N° 26 de dicho artículo, en cuanto valida, a nivel legal, una transgresión de cualquier entidad en el ámbito protegido por los respectivos preceptos iusfundamentales, atentando de este modo contra la protección a su contenido esencial.
4. El Art. 8 transitorio, i. final de la Ley N° 20.477, en cuanto excluye la aplicación del Art. 276 del Código Procesal Penal y en esa medida impide la exclusión de prueba ilícita, en particular aquella derivada de inobservancia de garantías fundamentales incumple el deber de promoción y respeto de los derechos garantizados por la Constitución, establecido por el Art. 5 i. II de la Constitución Política de la República, en la medida en que habilita al órgano jurisdiccional para faltar a dicho deber de respeto al incorporar el resultado de transgresiones a las garantías constitucionales como elemento fundante de una condena criminal.
5. El Art. 8 transitorio, i. final de la Ley N° 20.477, establece una discriminación arbitraria entre distintas personas sometidas a proceso penal, en cuanto algunas podrá requerir la exclusión de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, y otras no. El criterio objetivo para distinguir ambas situaciones, fundado en el origen de las respectivas causas, es irrelevante para el procesamiento y por lo tanto puede considerarse inexistente, no satisfaciendo el estándar para excluir la discriminación arbitraria; e incluso si no se considerase así, carece de completa razonabilidad.

Eduardo Aldunate Lizana

Abogado

Doctor en derecho por la Universidad del Sarre, Alemania

Profesor de derecho constitucional, P. Universidad Católica de Valparaíso

III. Error de tipo y error de prohibición en los delitos contra la autodeterminación sexual

JUAN PABLO MAÑALICH R.

La Defensoría Penal Pública me ha encargado informar en derecho acerca de los presupuestos y las implicaciones jurídicas de la aplicación de la diferenciación dogmática de modalidades de error de tipo y de error de prohibición en referencia a la configuración de delitos cuyo específico contenido de injusto consiste en el menoscabo de la autonomía o la indemnidad sexual de una persona, y con especial énfasis en esta última categoría, que es aquella que comprende aquellas formas de comportamiento delictivo cuya ilicitud está directamente fundamentada en la circunstancia de que la persona que es objeto de una determinada modalidad de contacto sexual sea menor de 14 años de edad. En tal medida, se privilegiará el análisis relativo a las condiciones de imputación que pueden verse afectadas por la existencia de alguna instancia de error, en la medida en que el objeto de imputación esté constituido por la realización del tipo delictivo del Art. 362, del tipo delictivo del Art. 365 bis N° 2, o bien del tipo delictivo del Art. 366 bis, que respectivamente se corresponden con la violación, la modalidad agravada de abuso sexual y la modalidad básica de abuso sexual susceptibles de ser cometidos sobre una persona que al momento del hecho es menor de 14 años.

Para cumplir con este cometido, se comenzará por clarificar los términos de la distinción tradicional entre las categorías “error de tipo” y “error de prohibición”, para determinar la medida de su reconocimiento bajo el derecho penal chileno vigente; después se examinarán las peculiaridades de las formas delictivas que son de interés aquí, en tanto tienen incidencia en pos de hacer aplicable dicha distinción; finalmente, se presentará una propuesta interpretativa de las disposiciones legales relevantes para establecer cuál es el régimen de punibilidad y penalidad

que ha de seguirse, de conformidad con el derecho chileno vigente, del reconocimiento de una y otra modalidad de error en el correspondiente ámbito delictivo.

1. Error de tipo y error de prohibición

1.1. La distinción entre error de tipo y error de prohibición

La posible relevancia jurídico-penal del error en que pueda encontrarse una persona se reduce a que dicho error puede fundamentar la exclusión de un determinado presupuesto de la imputación de un hecho de carácter potencialmente delictivo a esa persona. Más específicamente, el error en cuestión ha de consistir en alguna modalidad de representación errónea, que de esa manera fundamente la no-satisfacción de un presupuesto de la imputación de índole cognoscitiva. Todo error con relevancia jurídico-penal, en otros términos, ha de excluir algún requisito de conocimiento del cual dependa la imputación personal del hecho.

Las discrepancias terminológicas existentes entre los más emblemáticos planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales a este respecto hace difícil, pero al mismo tiempo imprescindible, el establecimiento de un marco conceptual bajo el cual dichos planteamientos resulten conmensurables entre sí. Son conocidas, por ejemplo, las diferentes connotaciones asociadas a la tradicional contraposición entre error de hecho y error de derecho, por un lado, y a la contraposición más usual actualmente entre error de tipo y error de prohibición, por otro. Para el solo efecto de disponer de una terminología neutral frente a una y otra distinción se diferenciará aquí, por el momento, entre aquellas formas de error que comprometen el conocimiento de las circunstancias del hecho, por una parte, y aquellas que comprometen el conocimiento de la significación jurídica (o delictiva) del hecho, por otra.

En estos términos se vuelve posible establecer una correlación entre las expresiones “error de hecho” y “error de tipo”, por un lado, y entre las expresiones “error de derecho” y “error de prohibición”, por otro. Un error de tipo cuenta como un error que excluye la representación de las circunstancias fácticas de las cuales depende la realización del respectivo tipo delictivo a través del comportamiento de cuya imputación se trata, esto es, como un error de hecho; y un error de prohibición cuenta como un error que excluye la representación del carácter ilícito (o contrario a derecho) de aquel comportamiento que en las circunstancias fácticas dadas conlleva la realización del tipo, esto es, como un error de derecho. Y una ventaja adicional, asociada también a esta conmensuración conceptual, se refiere a que, por tal vía, resulta manifiesto cómo han de calificarse las formas de error relativas a la eventual configuración de una causa de justificación: en la medida en que el error consista en la supo-

sición errónea de circunstancias fácticas bajo las cuales el comportamiento objetivamente satisfaría el supuesto de hecho de una causa de justificación (por ejemplo, a modo de legítima defensa), entonces ese error contará como un error de tipo permisivo, cuyas consecuencias tendrían que ser idénticas a las de un error de tipo; en cambio, si el error consiste en la suposición errónea del carácter supuestamente permitido del comportamiento que tiene lugar en las circunstancias fácticas dadas, entonces el error contará como un error de prohibición indirecto (o error de permisón), cuyas consecuencias tendrían que ser idénticas a las de un error de prohibición directo¹.

Aquí puede ser oportuno hacerse cargo de inmediato de una objeción ya usual en contra de la posibilidad de establecer la diferencia entre las dos formas de error ya enunciadas, objeción que recurre a la poca plausibilidad que dicha diferenciación mostraría desde ya tratándose de aquellas formas de comportamiento delictivo cuya definición típica contiene no sólo elementos descriptivos, sino también elementos normativos². Así, Jakobs ha llegado a plantear a sostener “la identidad del dolo y el conocimiento del injusto”³, recurriéndose al ejemplo de la exigencia de ajenidad de la cosa sustraída bajo la tipificación del hurto: “el dolo respecto de ello viene dado [...] por el conocimiento de (al menos la co-)propiedad [sic] de otro, en definitiva, el conocimiento de que existen normas que regulan las relaciones respecto de las cosas, y de que, según esas normas, una cosa determinada se encuentra (también) adscrita a otra persona”, de modo tal, agrega Jakobs, que “[e]se conocimiento no es otra cosa que el conocimiento de la prohibición de destruir la cosa, de apropiarse de ella, etc., sin consentimiento del otro”⁴.

En lo que aquí interesa, y por más problemática que resulte contemporáneamente la defensa de una demarcación clara entre elementos descriptivos y elementos normativos de uno o más tipos delictivos, hay que advertir que de esta distinción no se sigue la supuesta conclusión, a saber: que sería imposible diferenciar el conocimiento relativo a la satisfacción de las circunstancias fácticas de las cuales depende la realización del tipo, de un lado, y el conocimiento relativo a la significación jurídicamente delictiva del hecho, de otro. Para volver sobre el ejemplo: la razón por la cual podría pensarse que el dolo del hurto resulta inseparable del conocimiento de la prohibición de la afectación de la propiedad de otro radica en que el concepto de propiedad — y, por ende, el de ajenidad — es uno normativamente cargado. Esto, porque el hecho de que un

¹ Latamente al respecto, Mañalich, Juan Pablo: “Condiciones generales de la punibilidad”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* 2 (2005), pp. 387 ss., 448 ss.

² Véase Van Weezel, Alex: *Error y mero desconocimiento en derecho penal*, Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 49 ss.

³ Véase Jakobs, Günther: “*Dolus malus*”, en *InDret* 4/2009, especialmente pp. 10 ss.

⁴ *Ibid*, p. 11.

objeto cualquiera cuente como una cosa ajena es un hecho institucional, dado que la ajenidad de una cosa es dependiente de la existencia de reglas (de derecho privado) que le confieren el estatus de objeto de propiedad de otro. Pero nada de esto significa que no pueda diferenciarse la pregunta de si un sujeto sabe (o cree) que se dan circunstancias de hecho que hacen aplicable, objetivamente, el predicado “cosa ajena”, por una parte, de la pregunta de si ese mismo sujeto sabe (o cree) que el predicado “cosa ajena” es aplicable en las circunstancias dadas, por otra⁵.

Por ende, no hay razones para renunciar a la distinción entre aquellas formas de error que implican la inexistencia de conocimiento de las circunstancias fácticas con relevancia típica (“error de tipo”) y aquellas formas de error que implican la inexistencia de conocimiento de la significación jurídicamente delictiva del hecho que realiza el respectivo tipo delictivo (“error de prohibición”).

1.2. La teoría del dolo versus la teoría de la culpabilidad

Que esta última diferenciación pueda mantenerse, empero, no basta para establecer en qué relación se encuentran una y otra modalidad de error. Precisamente en este punto se produce la divergencia entre las dos principales construcciones dogmáticas relativas al estatus de una y otra forma de error, a saber: la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad. Aquí puede ser importante notar que la denominación de una y otra construcción responde a la identificación que cada una de ellas hace del presupuesto de imputación susceptible de verse afectado por un error de prohibición.

La teoría del dolo, que tiene como contexto los modelos causalista y neokantiano de construcción del hecho delictivo, mantiene que tanto el desconocimiento de las circunstancias del hecho como el desconocimiento de la antijuridicidad del hecho operan excluyendo el dolo como forma de culpabilidad. Y la razón para ello se encuentra, justamente, en la concepción del dolo que es propia de dichos modelos: el dolo es definido como *dolus malus*⁶, en el sentido de que el mismo integra tanto el conocimiento de las circunstancias de cuya satisfacción depende la realización (no justificada) del tipo delictivo como el conocimiento de la significación jurídicamente delictiva del hecho⁷. La consecuencia fundamental que la teoría del dolo extrae de esto es la siguiente: en la medida en que el error

⁵ Fundamental al respecto Kindhäuser, Urs: “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, en Fisch *et al*, *El error en el derecho penal*, Ad—Hoc, Buenos Aires, pp. 139 ss., 149 ss.

⁶ Así Etcheberry, Alfredo: *Derecho Penal Parte General*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, t. I, pp. 307 s.

⁷ Véase Novoa Monreal, Eduardo: *Curso de Derecho Penal Chileno*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, t. I, pp. 477 ss., 537 ss., quien validaba, sin embargo, la tesis de una presunción de derecho del conocimiento de la significación jurídica del hecho de conformidad con la regla del Art. 8º del Código Civil.

de prohibición, sea vencible o invencible, siempre excluye el dolo como forma de culpabilidad, el único título de imputación que podría resultar operativo en caso de un error de prohibición es la culpa o imprudencia, siempre que la Ley prevea la punibilidad del correspondiente delito imprudente en el ámbito delictivo del cual se trate.

En cambio, la teoría de la culpabilidad, que irrumpe con el advenimiento del modelo finalista de construcción del hecho delictivo, mantiene que el error acerca de la significación jurídicamente delictiva del hecho opera, eventualmente, excluyendo un presupuesto específico de la atribución de culpabilidad, esto es, la consciencia de la antijuridicidad, mientras que el error acerca de las circunstancias fácticas de las cuales depende la realización del tipo operaría ya excluyendo el injusto subjetivo del hecho, y no recién la culpabilidad. Esto se explica, igualmente, por la concepción del dolo que hace suya el modelo finalista: el dolo — como también la imprudencia, en su caso — constituye un requisito para la satisfacción del así llamado “tipo subjetivo”, el cual, sin embargo, ya no es definido como un *dolus malus*, sino más bien como un “dolo neutro” o “dolo natural”, que no integra el conocimiento de la antijuridicidad del hecho⁸. Y la exigencia de conocimiento de la antijuridicidad, que en rigor pasa a ser redefinida como la exigencia de un consciencia *potencial* de la antijuridicidad, queda relegada a ser un presupuesto autónomo de la culpabilidad. La consecuencia fundamental que la teoría de la culpabilidad extrae de esto es la siguiente: en la medida en que el error acerca de la significación jurídicamente delictiva deja intacto el injusto doloso del hecho, dicho error sólo puede operar como eximente de responsabilidad en caso de excluir, por tratarse de un error de prohibición invencible o insuperable, la consciencia potencial de la antijuridicidad; de tratarse, en cambio, sólo de un error vencible o superable, lo único que cabría reconocer sería una atenuación de responsabilidad⁹.

1.3. La eficacia eximente del error de prohibición en la jurisprudencia chilena

Tener a la vista la diferenciación de la concepción de las modalidades de error que es propia de la teoría del dolo y de la teoría de la culpabilidad resulta indispensable, ahora bien, para comprender el proceso jurisprudencial que llevó al reconocimiento de la eficacia eximente del error de prohibición invencible en el marco del derecho penal chileno. En lo fundamental, son dos los hitos decisivos en este desarrollo: por una parte, el emblemático fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, del año 1972, que por primera vez reconociera la

⁸ Véase Cury, Enrique: *Derecho Penal Parte General*, 8^o ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 305.

⁹ *Ibid*, pp. 447 s. Véase también Garrido, Mario: *Derecho Penal Parte General*, 4^a ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, t. II, pp. 307 ss.

eficacia eximente del error de prohibición bajo el derecho chileno; por otra, el también emblemático fallo de la Corte Suprema, del año 1998, que hiciera suya dicha proposición, sobre la base de la afirmación del supuesto reconocimiento constitucional del principio de culpabilidad¹⁰.

1.3.1. El reconocimiento jurisprudencial de la eficacia eximente del error de prohibición bajo la teoría del dolo

Lo notable de ambos pronunciamientos judiciales radica en que uno y otro llegaron a afirmar la eficacia eximente del error de prohibición teniendo a la vista casos en que, en efecto, el error que se daba no consistía en un error de prohibición. En el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, el caso era el siguiente:

O.A.L. llegó en la tarde del 26 de marzo hasta la casa del padre de su cónyuge G.A, de la que desde hacía varios años estaba separado, y al penetrar hizo un ademán que éste y los testigos interpretaron como un movimiento destinado a sacar un arma de fuego: F. procedió entonces a disparar varios tiros en contra de O.A.L. a quien hirió mortalmente.

No hubo, en la realidad, una agresión actual ni inminente por parte de O.A.L. El peligro de un ataque inmediato fue sólo imaginado por F. en una equivocada estimación de los hechos, y con tal creencia errónea reaccionó para evitar las presuntas consecuencias con el medio que estimó adecuado, como fue disparar contra el supuesto agresor.

Es preciso señalar también, a este respecto, además de lo que han dicho los indicados testigos, que no fue encontrada arma alguna en poder de O.A.L. quien se encontraba extremadamente ebrio, como aparece de la autopsia, que comprobó 2,21 gramos por mil de alcohol en su sangre (c. 1°).

Que aquí no se trataba de un error acerca de la significación jurídicamente delictiva del hecho, es la implicación de la afirmación de que el imputado se habría imaginado “el peligro de un ataque”. Tal suposición errónea concernía, entonces, una circunstancia de hecho que, de haberse dado efectivamente, habría conllevado — suponiéndose la satisfacción de los demás presupuestos exigidos por el Art. 10 del Código Penal, en sus números 4 y 5 — la satisfacción del supuesto de hecho o “tipo permisivo” de la legítima defensa. Semejante suposición errónea de las circunstancias que objetivamente realizan el supuesto de hecho de una causa de justificación, tal como ello se da en un caso de “legítima defensa putativa” como el que tenía ante sí la Corte de Apelaciones de Santiago, constituye una instancia de lo que más modernamente sería descrito

¹⁰ Acerca del problema en el nivel del derecho constitucional, véase Soto Piñeiro, Miguel: “Una jurisprudencia histórica: hacia el reconocimiento del ‘principio de culpabilidad’ en el derecho penal chileno”, *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae* 3 (1999), pp. 233 ss., 240 ss.

como un error de tipo permisivo, cuyo estatus es enteramente equivalente, de acuerdo con la así llamada “teoría limitada de la culpabilidad”, a un error que implique el desconocimiento de las circunstancias que objetivamente conllevan la realización del tipo delictivo.

Lo importante aquí, sin embargo, es atender a las consecuencias que extrajo la propia Corte a partir de su equivocada descripción del error padecido por el agente como uno que habría recaído “en la significación jurídica de los hechos”: “de ello deriva que en la conducta de F. no se encuentre presente la conciencia de la antijuridicidad” (c. 3°). Lo fundamental, en lo que aquí interesa, es que a continuación la Corte haya afirmado que, en virtud de lo anterior, había que reconocer una exclusión del carácter doloso del hecho, dado que “el dolo abarca el conocimiento del obrar desde el punto de vista de las normas jurídicas, [...] en otras palabras, la conciencia de la delictuosidad de la acción” (c. 3°)¹¹. La Corte en todo caso estimó que el error reconocido al agente habría excluido el carácter doloso del hecho, habría sido superable o vencible, ella concluyó que el hecho de todas formas resultaba imputable a título de imprudencia, esto es, como “cuasidelito de homicidio” (c. 4°).

Y la consideración fundamental se encuentra, precisamente, en la idea de que el error supuestamente concerniente a la significación jurídica del hecho, en el sentido de una errónea suposición de su conformidad a derecho, habría implicado negar la existencia de dolo en el agente. Pues esto muestra que la Corte de Apelaciones de Santiago mantenía un compromiso con una concepción del dolo como *dolus malus*, esto es, con una concepción del error de prohibición cuya consecuencia sería, tal como lo entiende la teoría del *dolo*, la exclusión del dolo.

¹¹ Hay que notar, ahora bien, que las maniobras que, según la Corte, el imputado habría podido ejecutar en pos de asegurar su capacidad de evitar el hecho — “llevar a cabo los movimientos para desarmarlo, o para ocultarse, o para esquivar cualquier atentado”, o bien “disparar al aire o a partes menos vitales de su organismo” (c. 4°) — sugieren que la Corte, sin estar plenamente al tanto de ello, estimó que, aun de haber sido efectivas las circunstancias que el imputado erróneamente se habría representado, el hecho no habría quedado (objetivamente) cubierto por la causa de justificación de la legítima defensa, dado que dichas maniobras apuntan a la falta de necesidad racional del medio empleado, consistente en haber efectuado un disparo con arma de fuego que impactara “la región tóraco-cardíaca” del occiso. Y bajo tal comprensión del problema, la Corte sí podría haberse planteado la cuestión de si el imputado, al efectuar dicho disparo, se representó haber estado autorizado para ello de conformidad con la norma permisiva que confiere el derecho a la legítima defensa, en cuyo caso la Corte sí habría podido afirmar la existencia de un error acerca de la “significación jurídica” o bien la “delictuosidad” del hecho por parte del agente. Pues entonces este error habría concernido el alcance de la norma bajo la cual puede llegar a ser jurídicamente permisible dar muerte a otro en una situación de defensa propia o de un tercero.

1.3.2. El reconocimiento jurisprudencial de la eficacia eximente del error de prohibición bajo la teoría de la culpabilidad

Notablemente, y según ya se anticipara, en el caso que dio lugar al primer reconocimiento de la eficacia eximente del error de prohibición por parte de la Corte Suprema, por sentencia de 4 de agosto de 1998, rol N° 1338-98¹², también se trataba — al menos en los términos que el fallo hizo suyos — de un error consistente en la suposición errónea de circunstancias que, de haberse dado objetivamente, habrían conllevado la realización del supuesto de hecho de una causa de justificación¹³, consistente en una legítima defensa de pariente. Para comprobar esto, basta con tener a la vista los antecedentes del suceso que la Corte tuvo por comprobados, tal como ellos aparecen enunciados en el considerando 2° de la correspondiente sentencia de reemplazo:

- c) Que [...] el arriero A. y el hijo del procesado emprendieron la fuga, saltando un cerco que separa la propiedad del encausado del camino público. A su vez, el occiso trepó en dicho cerco, apuntando con su arma al hijo de C.M., el cual, al percatarse de la amenaza que se cernía sobre su vástago, hizo fuego con la escopeta que llevaba consigo, impactándolo en la región torácica.
 - d) Que la víctima, herida por el disparo recibido, cayó presuntivamente hacia el interior de la propiedad administrada por C.M. —aunque este punto no es absolutamente seguro, por razones que se expondrán más adelante— lugar en el cual, en definitiva, se encontraría su cadáver.
- [...]
- h) Que, finalmente, el examen de la pistola usada por el occiso durante el incidente que condujo a su muerte, demostró que el arma se encontraba con el seguro puesto y, en consecuencia, era imposible que disparara aunque se la gatillara. Así lo evidencian, en efecto, tanto las declaraciones prestadas por el Capitán de Carabineros F.Q.M. a fs. 5, como el peritaje balístico eva-

¹² La sentencia se halla publicada en *Gaceta Jurídica* 217 (1998), pp. 96 ss.

¹³ Véase también la sentencia de la propia Corte Suprema, de 27 de octubre de 2005, rol N° 1739-03, en la cual se tuvo por existente un error relativo a las circunstancias fácticas de las cuales depende la configuración de una causa de justificación, el cual es calificado (bajo la redacción del fallo por parte del entonces Ministro Cury) como un error de prohibición indirecto, el cual, a pesar de ser vencible, empero, tendría que obstar a la punibilidad del hecho "por no existir en la Ley un tipo de hurto imprudente" (c. 2°). Esto se explica en términos de que, por esta vía, la Corte hizo suya la tesis identificada con la así llamada "teoría que remite a las consecuencias", validada por Cury a partir de una edición posterior (al fallo del año 1998) de su manual. Al respecto véase *infra*, nota 14. No es posible entrar aquí en las difíciles cuestiones implicadas en dicha calificación del error en cuestión, pero baste con señalar que lo afirmado por la Corte en el considerando 12° de la sentencia de casación sugiere que la propia Corte entendía, sin advertirlo, que en rigor se trataba de un error sobre el alcance de la causa de justificación del Art. 10 N° 10.

cuado por el Laboratorio de Criminalística (sección Balística) de la Policía de Investigaciones de Chile, agregado a fs. 60 y 61, en el cual se precisa categóricamente que la pistola no se encontraba trabada, sino asegurada. De todo ello puede deducirse que, cuando R.V. encañonó al hijo del encausado, no tenía el propósito real de herirlo o causarle la muerte sino sólo el de amedrentamiento, pues —como así lo testimonian varios de los declarantes en el proceso— el occiso tenía experiencia en el manejo de las armas, por lo cual no cabe imaginar que hubiese puesto el seguro inadvertidamente o ignorado que la pistola no podía disparar en esas condiciones.

Aquí no interesa (al menos directamente) que la Corte Suprema, a pesar de reconocer la existencia de un error, consistente en la suposición errónea de las circunstancias de las cuales depende la realización del tipo permisivo de la legítima defensa, haya al mismo tiempo fundamentado la responsabilidad del sujeto que efectuara el disparo como autor de un homicidio constitutivo de un delito de omisión impropia, en el entendido de que al efectuar el disparo, bajo esa creencia errónea, él se habría convertido en garante, quedando así obligado a impedir activamente la muerte del presunto agresor, la cual en definitiva se produjo. Lo que importa, por de pronto, es la calificación que la Corte asignó al error en cuestión. En el entendido de que el error habría consistido en que “el procesado creía verdaderamente que aquél se proponía hacer fuego sobre su hijo y que podía hacerlo, hiriéndole o dándole muerte” (c. 5°), la Corte concluyó que se trataba aquí de un caso de error sobre la licitud de la conducta, porque no recae sobre los elementos integrantes del hecho típico, ya que Castro sabía que lo que hacía era matar a un hombre (artículo 391 N° 2 del Código Penal) o, por lo menos, herirlo de gravedad (artículo 397 de ese mismo cuerpo legal), pero creía equivocadamente que comportarse de esa manera era lícito, pues se encontraba autorizado para hacerlo por el artículo 10 N° 5 del Código Penal y, por tal motivo, que estaba justificado, que era lícito y no ilícito, como en realidad lo fue (c. 6°).

De este modo, la Corte afirmó que el error en cuestión exhibiría la forma de un error de prohibición. A diferencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en su sentencia de 1972, sin embargo, aquí la Corte Suprema no llegó a esa conclusión por estimar (equivocadamente) que se habría tratado, en efecto, de un error acerca de la significación jurídica del hecho. La Corte llegó a dicha conclusión, más bien, haciendo suya la concepción abiertamente minoritaria, vinculada a algunos de los exponentes más emblemáticos del modelo finalista del hecho delictivo, según la cual la suposición errónea de las circunstancias de las cuales depende la realización del supuesto de hecho de una causa de justificación contaría no como un error de tipo permisivo, sino como un error de prohibición indirecto. Ésta es, precisamente, la solución propuesta por la así (mal) llamada “teoría estricta de la culpabilidad”, la cual, a la fecha de pronunciamiento del fallo, era todavía la tesis acogida en el manual de Enrique Cury,

quien justamente redactara, en su calidad de ministro de la Segunda Sala, la sentencia que aquí se reseña¹⁴. Pero lo relevante aquí no es que la Corte haya calificado el error como un error de prohibición, sino la consecuencia asociada a dicha calificación. La cuestión amerita reproducir *in extenso* lo señalado por la Corte en el considerando 7° de su sentencia de reemplazo:

Que por consiguiente, nos encontramos frente a un caso de aquellos que en la doctrina se conoce como error de prohibición. Ahora bien, durante mucho tiempo en nuestro medio se ha pretendido que esta clase de error no excluye la culpabilidad del hechor, pues el artículo 8° del Código Civil consagra una presunción “jure et de jure” de conocimiento de la Ley, y quien conoce la Ley sabe también lo que es justo o injusto (lícito o ilícito). Sin detenerse a discutir ahora la cuestión referente a si el artículo 8° del Código Civil establece realmente la aludida presunción de derecho —algo que, en todo caso, es objeto de polémica también en la doctrina civil— lo cierto es que a ella nunca debió dársele cabida en el campo del derecho punitivo, como lo precisó ya la importante sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 18 de enero de 1972 [...]. En efecto, el artículo 1° inciso 1° del Código Penal declara que el delito es “acción u omisión voluntaria penada por la Ley”, agregando, en el inciso 2°, que “las acciones u omisiones penadas por la Ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario”.

Pues bien, una acción sólo puede considerarse “voluntaria” cuando ha sido ejecutada “libremente” por el sujeto, esto es, cuando él ha tenido la posibilidad real de decidirse a comportarse en otra forma; pero ello sólo sucede si el autor, cuando obró, tenía conciencia de que lo que hacía era contrario al derecho, ya que únicamente en esas circunstancias existirá un motivo que lo impela a abstenerse de comportarse como lo hace o a conducirse de cualquier otra forma diferente. Entonces, si sólo realiza una acción voluntaria quien la ejecuta conociendo su ilicitud, y si las acciones penadas por la Ley únicamente se reputan voluntarias a no ser que conste otra cosa, quiere decir que la cuestión de si el autor de un hecho punible obró a conciencia de que lo que hacía era injusto admite prueba en contrario y constituye, a lo sumo, una presunción puramente legal.

¹⁴ Con posterioridad, Cury ha pasado a favorecer la así llamada teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas, que estima que el error acerca de las circunstancias fácticas de las cuales depende la satisfacción del supuesto de hecho de una causa de justificación sería un error de prohibición, pero que ha de ser sometido al régimen de punibilidad y penalidad propio del correspondiente delito imprudente. Véase Cury, Enrique: *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, pp. 443 s. Críticamente respecto de esta construcción, Mañalich, Juan Pablo: “Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación”, *Revista de Estudios de la Justicia* 3 (2003), pp. 147 ss., 153 ss., con ulteriores referencias.

Inmediatamente a continuación, la Corte vinculó la inaplicabilidad de la presunción de derecho (o ficción) de conocimiento de la Ley del Art. 8° del Código Civil como estándar de atribución de responsabilidad jurídico-penal con una tesis acerca del sentido y alcance del Art. 19 N° 3 de la Constitución, que proscribiera cualquier presunciones de derecho de la responsabilidad jurídico-penal de una persona. Y lo crucial aquí es que la Corte haya sostenido que ello implicaría la existencia de una prohibición constitucional de una presunción de derecho del conocimiento de la antijuridicidad del hecho:

En efecto, de acuerdo con la mejor doctrina la “culpabilidad” es un presupuesto indispensable de la “responsabilidad” penal; y si, a su vez, la culpabilidad requiere la posibilidad de obrar en otra forma (libertad de decisión) la cual, por su parte, presupone la conciencia de la ilicitud, resulta inconcuso que en el presente se encuentra constitucionalmente prohibido presumir de derecho el conocimiento de lo injusto (c. 8°).

Es fundamental reparar en la estructura precisa del argumento de la Corte. Pues la idea de que el Art. 19 N° 3 de la Constitución establecería, entre otras, una prohibición de la presunción de derecho de conocimiento de la antijuridicidad sólo tiene sentido si se parte de la *premisa* de que el conocimiento de la antijuridicidad cuenta como presupuesto de la responsabilidad jurídico-penal de una persona. Esto no es algo, ahora bien, que el propio Art. 19 N° 3 resuelva¹⁵. Por ende, si la Corte se mostró dispuesta a alcanzar la conclusión que de hecho alcanzó, ello sólo puede explicarse en el sentido de que la Corte asumió que el término “responsabilidad penal” que figura en dicha disposición constitucional incorpora, como componente de su significado, una exigencia de conocimiento de la antijuridicidad.

Pero esta última consideración se ve complementada y matizada por lo afirmado por la Corte en el considerando inmediatamente siguiente, en el sentido de que el imputado habría obrado “de manera inculpable, porque su error de prohibición era invencible” (c. 9°). Esto es decisivo, toda vez que así se muestra el compromiso de la Corte con la concepción del error de prohibición propia del modelo finalista del hecho delictivo: el error de prohibición no afecta el carácter doloso del hecho, sino que únicamente suprime un elemento independiente de la culpabilidad, siempre que se trate de un error de prohibición invencible. Lo cual significa que dicho elemento independiente de la culpabilidad no está constituido, *stricto sensu*, por el conocimiento de la antijuridicidad, sino más bien por el conocimiento “potencial” de la antijuridicidad. Pues es justamente el conocimiento potencial de la antijuridicidad lo que resulta excluido por un error de prohibición invencible, bajo la premisa de que, siendo invencible o

¹⁵ Véase Soto Piñeiro, Miguel: “Una jurisprudencia histórica: hacia el reconocimiento del ‘principio de culpabilidad’ en el derecho penal chileno”, *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae* 3 (1999), pp. 233 ss., 242.

insuperable el error de prohibición, para el sujeto no habría sido *posible* una motivación conforme a la norma.

1.3.3. La especificación jurisprudencial de los criterios de reconocimiento de un error de prohibición (directo) invencible bajo la teoría de la culpabilidad

La Corte Suprema tuvo oportunidad de confirmar su afirmación de la eficacia eximente del error de prohibición invencible en un caso del cual conociera el año inmediatamente siguiente, por sentencia de 23 de marzo de 1999, rol N° 2133-98¹⁶. Aquí se trataba, ahora bien, de un genuino caso de error de prohibición, y ya de un error de prohibición directo, tal como éste fue reconocido por la Corte. La cuestión se planteaba en relación con la eventual responsabilidad de un sujeto acusado como autor de un delito de negociaciones incompatibles, tipificado en el artículo 240 del Código Penal. La Corte volvió a sostener, por de pronto, que la presunción de derecho (o ficción) del artículo 8° del Código Civil sería inaplicable en el campo jurídico-penal:

Que, sin embargo, como en su oportunidad lo demostró la importante sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 18 de enero de 1972 [...], con razonamientos que ha hecho suyos el fallo de esta Corte Suprema de 4 de agosto del año 1998 [...], el criterio expuesto en el considerando precedente era errado, pues lo preceptuado por el referido artículo 8° del Código Civil se encontraba ya desde hace mucho modificado sustancialmente en el ámbito del derecho punitivo, por lo establecido en el artículo 1° inciso 2° del Código Penal [...]. Así, resulta que la conciencia de la ilicitud es un componente indispensable de la voluntariedad exigida por el artículo 1° del Código Penal como requisito del delito y, en consecuencia, con arreglo a lo dispuesto en el inciso 2° de dicho precepto, ella sólo puede presumirse legalmente, pues admite expresamente prueba en contrario; de suerte que, a este respecto, no tiene cabida lo prescrito en el artículo 8° del Código Civil [...] (c. 9°).

La misma consideración fue explicitada en la sentencia de reemplazo pronunciada a continuación de haberse dado lugar a la casación en el fondo del fallo impugnado:

Que contra lo expuesto [el anuncio de la absolución del recurrente] nada dice la supuesta presunción de conocimiento de la Ley contenida en el artículo 8° del Código Civil pues, como asimismo se ha destacado en la sentencia de casación, tal presunción no debe recibir aplicación en materias penales, ya que lo prohíbe expresamente el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución Política de la República, según el cual la responsabilidad penal no puede presumirse de derecho; de suerte que cuando, como ocurre en el caso de autos, hay antecedentes

¹⁶ Sentencia publicada en *Fallos del Mes* 484 (1999), pp. 187 ss.

suficientes para considerarla excluida por ausencia de un componente imprescindible para emitir el juicio de culpabilidad, que es, a su vez, prerequisite necesario para afirmar tal responsabilidad, ésta debe considerarse inexistente (c. 3°).

Y al mismo tiempo, la Corte hizo todavía más inequívoco, nuevamente bajo la redacción de la sentencia por parte del (entonces) Ministro Cury, su compromiso con la tesis de que sólo el error de prohibición invencible opera como causa de exclusión de la culpabilidad, en la medida en que ésta sólo exigiría un conocimiento potencial de la antijuridicidad. La consecuencia de esto, en los términos de la Corte, es que siendo vencible o superable el error de prohibición, entonces subsiste la base para un reproche por un hecho doloso, eventualmente sometido a una atenuación de la pena a ser impuesta:

[...] como la conciencia del injusto es un componente independiente del dolo, el cual pertenece al tipo, por lo que su concurrencia se ha verificado ya precedentemente, el procesado deberá ser castigado por el correspondiente hecho doloso y, a lo sumo, si las circunstancias lo justifican, se le concederá una atenuación de la pena [...] (c. 12° a).

Esto contrasta manifiestamente, según ya se sugiriera, con la tesis de la teoría del dolo, hecha suya por la Corte de Apelaciones de Santiago, en su fallo de 1972, el cual afirmara que, por la sola circunstancia de darse un error de prohibición, resultaba excluido el carácter doloso del hecho, puesto que, bajo una concepción del dolo como *dolus malus*, todo error de prohibición excluiría el componente del dolo identificado con el conocimiento de la antijuridicidad del hecho; siendo vencible o superable dicho error, el régimen de penalidad aplicable al hecho tendría que ser el propio del correspondiente delito imprudente o “cuasidelito”, siempre que la Ley prevea la punibilidad del mismo.

Pero junto con esta reafirmación del punto de vista mantenido en el fallo del año 1998, favorable a la tesis propia de la teoría de la culpabilidad, la principal novedad del fallo del año 1999 se encuentra en la enunciación de una serie de criterios que tendrían que servir como pautas de reconocimiento de un posible error de prohibición invencible o insuperable, específicamente en la forma de un error de prohibición directo, esto es, de un error consistente en el desconocimiento por parte del agente de que la acción que él se dispone a ejecutar se encuentra, en efecto, sometida a prohibición jurídica.

El primero de dichos criterios concierne la relativa improbabilidad de que, efectivamente, se dé una situación de inexistencia de conciencia potencial de la antijuridicidad, en la medida en que las normas cuyo quebrantamiento es jurídicamente penalmente delictivo tenderían a proscribir formas de comportamiento “que atentan muy gravemente contra la paz social”, tal como ello se expresaría en la formulación del principio de la ultima ratio (c. 12° b). En tal contexto, los casos en que sería plausible reconocer una falta de conocimiento siquiera potencial de la

antijuridicidad serían fundamentalmente dos: situaciones en que cabe constatar “choques de culturas con percepciones valorativas muy contrastantes” y situaciones de personas con escasa o ninguna formación jurídica, pertenecientes a comunidades más o menos apartadas y sencillas, y sin asistencia legal, frente a tipos [delictivos] sofisticados que describen comportamientos probablemente lesivos de la convivencia, pero que no repugnan “prima facie” a los sentimientos de justicia de individuos como los descritos (c. 13).

Una vez establecido lo anterior, la Corte procedió a fijar algunos criterios específicos con arreglo a los cuales debía llegarse a la conclusión de que el error que habría padecido el agente en las distintas instancias de realización del tipo delictivo de las negociaciones incompatibles contaría como un error de prohibición (directo) invencible.

En primer lugar, la Corte otorgó importancia a la circunstancia de que, tratándose de un hecho delictivo (supuestamente) perpetrado por un alcalde en el ejercicio de sus funciones, la municipalidad no haya contado con un asesor jurídico (c. 15°). Ello sería de especial relevancia en atención a la consideración de que, en segundo lugar, el tipo delictivo del Art. 240 del Código Penal tendría “características extremadamente artificiosas [...], cuyas peculiaridades, límites y significado [...] escapan a veces a la inteligencia de juristas avezados, y cuya existencia es ignorada incluso hasta por muchos letrados” (c. 16°). Lo cual se vería confirmado, en tercer lugar, por la “escasísima jurisprudencia que se puede encontrar al respecto, la cual ha afectado usualmente sólo a individuos ilustrados”, los cuales, por lo demás, habrían tenido “la oportunidad previa de discutir sobre la licitud o ilicitud de los comportamientos que se proponían ejecutar” (c. 16°).

La Corte complementó la consideración anterior mencionando, en cuarto lugar, el grado de formación educacional del imputado, quien “sólo cuenta con un título de Contador Auditor obtenido en el Instituto Comercial de Coquimbo, careciendo, por consiguiente, de mayores conocimientos jurídicos” (c. 16°). Y en quinto lugar, la Corte estimó como un antecedente relevante el comportamiento del imputado a lo largo del desarrollo del proceso, a saber: tanto las “protestas reiteradas” vertidas en el marco de su declaración indagatoria como “la sencillez casi candorosa con que reconoce su participación en los hechos, los cuales relata como algo que carece de toda reprobabilidad”, lo cual se vería reforzado por sus alegaciones en el sentido de creer haber ejecutado sus acciones “en beneficio de la Municipalidad”, hasta el punto de haber declarado que “hasta esa fecha continuaba proveyéndola de productos y que quien cursaba las órdenes de pago por tales operaciones era precisamente el mismo Alcalde actual, esto es, quien aparece como querellante en la causa” (c. 17°).

Los dos últimos criterios enunciados por la Corte, y que todavía han de ser examinados, parecen en todo caso ser los determinantes, en virtud de su mayor potencial de generalización. En efecto, la Corte también invocó, como circunstancia decisiva para reconocer el carácter invencible del error de prohibición directo bajo el cual habría actuado el imputado, la consistente en que “la realización de transacciones entre el alcalde y un negocio de su propiedad o la de parientes se miraba en Salamanca como algo normal y generalmente aceptado, que no generaba censura ni sospecha de ilicitud” (c. 18°). A tal efecto, la Corte tuvo en consideración la declaración de quien se desempeñara como secretario de la municipalidad, quien afirmara que “esto era una costumbre”, a tal punto que durante la administración a cargo del alcalde inmediatamente anterior la municipalidad habría comprado bencina de la bomba de bencina de propiedad de dicho alcalde, “la única bomba de la localidad” (c. 18°). Esto, finalmente, se habría visto reflejado en que en el mismo proceso existiera “numerosa evidencia de que el propio Alcalde, en ejercicio y querellante en los autos, parece haber realizado operaciones entre la Municipalidad y familiares suyos de los comprendidos en la enumeración del artículo 240 inciso 3° del Código Penal”, lo cual enfatiza la circunstancia ya destacada de que en el medio cultural en el que le correspondió desempeñarse al encausado la ilicitud de las negociaciones incompatibles era completamente desconocida y que los integrantes del conglomerado social las apreciaban como no reprobables, sin que éste contara siquiera con indicios que pudieran alertarlo sobre la ilegitimidad de su comportamiento (c. 19°).

Esta última observación es decisiva en lo que aquí interesa, pues ella compromete a la Corte con el punto de vista según el cual el desconocimiento de la antijuridicidad de una determinada forma de comportamiento puede llegar a ser calificado como invencible en la medida en que exista, como dato del contexto social en el cual dicha forma de comportamiento se ve realizada por el sujeto que desconoce su contrariedad a derecho, una aceptación generalizada de la misma. Esto admite reformularse en términos de que, bajo semejantes circunstancias, la posibilidad individual del sujeto de llegar a representarse la existencia de una norma jurídica bajo la cual la acción que el mismo se dispone a ejecutar resultase prohibida se ve mermada hasta el punto de volverse inviable el juicio de reprochabilidad personal por un hecho constitutivo de un injusto de significación jurídico-penal. Cuál haya de ser la fundamentación conceptualmente más exacta de tal exclusión de la imputación del hecho a título de culpabilidad es algo que habrá que examinar más abajo, en atención directa a las particularidades del ámbito delictivo al cual se encuentra referido el presente informe.

Antes de entrar en ello, sin embargo, puede ser oportuno revisar someramente cuáles son los términos más precisos del debate tradicional acerca de la significación de las formas de error constitutivas de error de tipo y error de

prohibición en el marco del derecho chileno, para así esclarecer cuál haya de ser el régimen legal aplicable a una y otra forma de error bajo el Código Penal actualmente vigente.

2. La posición del error de tipo y el error de prohibición bajo el Código Penal chileno

2.1. La definición de “delito” y las formas de error

No es inusual que se sostenga, en relación con el Código Penal chileno, que éste no contendría regulación alguna de las formas de error con relevancia para la exclusión de la imputación¹⁷. Esta afirmación ciertamente desconoce que el inc. 3º del Art. 1º establece una regla de exclusión de la relevancia del error *in personae vel objecto*, pero también desconoce que ya en las definiciones fundamentales del Art. 1º, en su inc. 1º, y del Art. 2º del mismo código se contienen cláusulas de cuya correcta interpretación depende, efectivamente, cuál sea el estatus de las dos formas de error cuyo contraste aquí interesa. Pues en la discusión tradicional que al respecto existiera en la doctrina chilena, la cuestión ha estado precisamente vinculada a la pregunta acerca de la relación entre las reglas de definición de los Arts. 1º y 2º.

Los partidarios de la teoría del dolo, esto es, de una concepción del dolo según la cual éste abarcaría tanto la representación de las circunstancias del hecho como la representación de la significación jurídicamente delictiva del hecho, han favorecido una interpretación de la definición de “delito” del inc. 1º del Art. 1º de conformidad con la cual ésta abarcaría únicamente el delito doloso. Esto descansa, a su vez, en la interpretación de la expresión “voluntaria” justamente como exigencia del carácter doloso de la acción u omisión de cuya punibilidad se trata¹⁸. Y en tales términos, la presunción de voluntariedad establecida en el inc. 2º del mismo artículo contaría como una presunción (*iuris tantum* o “simplemente legal”) del carácter doloso del hecho. En tal medida, sería recién en el Art. 2º donde se fijarían las bases para la punibilidad del delito imprudente o “cuasidelito”¹⁹.

En cambio, los partidarios de la teoría de la culpabilidad, esto es, de la concepción de la representación de la significación jurídicamente delictiva del hecho como un presupuesto autónomo de la culpabilidad, diferenciada ésta del dolo “neutro” como componente del injusto subjetivo del hecho, favorecen una

¹⁷ Véase por ejemplo Garrido, Mario: *Derecho Penal Parte General*, 4ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, tomo II, p. 307.

¹⁸ Véase Novoa Monreal, Eduardo: *Curso de Derecho Penal Chileno*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, tomo I, pp. 220 ss., 491 ss.

¹⁹ *Ibid*, p. 222.

interpretación de la definición del inc. 1º del Art. 1º como comprensiva tanto del delito doloso como del delito imprudente. Ello se funda, a su vez, en la interpretación de la expresión “voluntaria” en el sentido de una exigencia de culpabilidad en sentido estricto²⁰, incluyente del conocimiento de la antijuridicidad del hecho²¹, frente a lo cual el Art. 2º reconocería la diferencia específica entre el delito doloso y el delito imprudente en el nivel del correspondiente injusto subjetivo. En tales términos, la presunción (*iuris tantum*) de voluntariedad funcionaría como una presunción del conocimiento de la antijuridicidad del hecho y no, en cambio, como una presunción de dolo (“neutro”).

Una y otra interpretación se ven enfrentadas a problemas. Las dificultades que afectan a la interpretación de los Arts. 1º y 2º que provee la teoría del dolo conciernen la falta de plausibilidad de la supuesta equivalencia semántica, desde el punto de vista del legislador, de las nociones de voluntariedad, por un lado, y de dolo o malicia, por otro. Pues en atención al tenor de una y otra disposición, nada parece sugerir que el legislador efectivamente entienda las expresiones en cuestión como sinónimas. Y esto va directamente aparejado a la inconveniencia de asumir, como sin embargo lo hacen los partidarios de la interpretación que recurre al aparato conceptual de la teoría del dolo, que las definiciones generales del Art. 1º del Código Penal sólo resultarían aplicables tratándose de hechos constitutivos de delitos dolosos, y no tratándose de hechos constitutivos de delitos imprudentes o “cuasidelitos”.

Ciertamente, la evitación de las consecuencias recién apuntadas es precisamente lo que logra la interpretación asociada a la teoría de la culpabilidad. Pues bajo esta interpretación las nociones de voluntariedad, por un lado, y dolo o malicia, por otro, ya no resultan semánticamente equivalentes, de modo tal que la exigencia de voluntariedad formulada en el Art. 1º pasa a ser aplicable a cualquier hecho con eventual relevancia delictiva, mientras que la exigencia de dolo o malicia queda restringida como criterio de imputación subjetiva que precisamente hace posible diferenciar el ámbito propio de los delitos dolosos del ámbito propio de los delitos imprudentes o “cuasidelitos”. El problema a que se ve enfrentada esta lectura de la regulación, empero, concierne la aparente equiparación legal de las nociones de dolo y malicia, en el contexto del Art. 2º del Código Penal. Pues bajo la definición de “dolo” que es propia de la teoría de la culpabilidad, resulta muy difícil de explicar que el legislador, a primera vista al menos, efectivamente equipare su significado al de “malicia”.

Ello, porque la equiparación de las nociones de dolo y malicia sugiere, más bien, una concepción del dolo, precisamente, como *dolus malus*, que es justamente la

²⁰ Bustos, Juan y Soto, Eduardo: “Voluntaria significa culpabilidad en sentido restringido”, *Revista de Ciencias Penales* XXIII (1964), pp. 243 ss.

²¹ Cury, Enrique: *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 446.

concepción que se identifica con la teoría del dolo: “dolo” equivale a “malicia”, en tanto el dolo, bajo esa concepción, integra en sí la conciencia de la antijuridicidad del hecho. Ciertamente, en defensa de la formulación tradicional de la teoría de la culpabilidad podría proponerse una interpretación de “malicia”, algo artificiosa idiomáticamente, según la cual la exigencia de malicia no fuese más que una exigencia de dolo “neutro”, esto es, de la representación de las circunstancias de las cuales depende la realización del correspondiente tipo delictivo²². Mas el problema que así se genera pasa a estar referido a la completa equiparación de los presupuestos específicos de la culpabilidad relativa a hechos dolosos y a hechos imprudentes, presupuestos que entonces quedan asociados a la exigencia genérica de voluntariedad contenida en la definición del Art. 1º: en lo que aquí interesa directamente, por la vía de entender que la culpabilidad sólo requeriría, con total independencia del carácter doloso o imprudente o (“culposo”) del hecho respectivo, una conciencia potencial de la antijuridicidad del hecho.

De esta manera, la lectura de la regulación propuesta por los partidarios de la teoría de la culpabilidad, al menos en su versión más estandarizada, vuelve irreconocible el modo por el cual el dolo o la imprudencia pueden operar, alternativamente, como fundamentos indiciarios de formas de culpabilidad cuyos presupuestos específicos no se dejan asimilar sin más. En lo que sigue se intentará, según lo ya sugerido, elaborar una propuesta de interpretación de los Arts. 1º y 2º del Código Penal que logre eludir las dificultades que afectan a las dos propuestas interpretativas más tradicionales. Y esto tendrá lugar por la vía de defender las consecuencias a que lleva la teoría del dolo a través del aparato conceptual de la teoría de la culpabilidad. Pero para entender que esto último no constituye una contradicción en los términos es en todo caso imprescindible clarificar en qué consiste la conexión, desde el punto de vista de la función de imputación que desempeñan, de la exigencia de conocimiento de las circunstancias del hecho y la exigencia de conocimiento de la significación jurídica del hecho.

2.2. La conexión funcional entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad

Lo que aquí interesa es examinar más de cerca en qué puede consistir la conexión, con relevancia para la imputación, entre el dolo (“natural”) — entendido como la representación de las circunstancias fácticas de las cuales depende la realización (no justificada) del tipo delictivo — y la conciencia de la antijuridicidad. Y paradójicamente, esa conexión puede ser precisada recurriendo a una

²² Así, aunque reconociendo la dificultad, Cury, Enrique: *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, pp. 305 s., quien propugna “desembarrasarse de prejuicios literalistas en la interpretación, atendiendo, en cambio, al contexto legislativo sistemático”. El argumento desarrollado en el texto principal muestra, sin embargo, que de esta manera la dificultad sigue subsistiendo.

función atribuida al dolo por parte de los representantes más tradicionales de la conceptualización del dolo como dolo “natural”, dissociado de la consciencia de la antijuridicidad, a saber: la así llamada “función de alerta” (o de “llamada de atención”) del dolo²³. Pues una posible comprensión de esta función indiciaria consiste en la idea de que la exigencia de dolo, como requisito de imputación subjetiva, se explica por la circunstancia de que sólo el dolo podría llegar a posibilitar la consciencia de la antijuridicidad del hecho.

En este punto es importante detenerse, con algún cuidado, en la terminología utilizada. La consciencia de la antijuridicidad exigida como condición de culpabilidad es la consciencia de la antijuridicidad *del hecho*, y no una consciencia de la antijuridicidad “en abstracto”. Esto implica, sin embargo, que sólo en relación con un hecho imputable a título de dolo es posible la constatación de la correspondiente consciencia (“actual”) de la antijuridicidad. Pues un sujeto sólo puede reconocer el carácter antijurídico de su comportamiento en la medida en que tenga consciencia de que su comportamiento satisface aquella descripción bajo la cual ese mismo comportamiento resulta, precisamente, contrario a derecho. Para dar un ejemplo: mientras que actúa con dolo (siquiera eventual) de homicidio quien se representa, con el grado de probabilidad suficiente, que su comportamiento habrá de causar la muerte de otro ser humano (sin que se den circunstancias que objetivamente satisfacerían el supuesto de hecho de una norma permisiva preferente)²⁴, actúa con la consciencia de la antijuridicidad propia del homicidio quien se representa que su comportamiento, *descrito* como la causación de la muerte de otro, es contrario a una norma jurídica prohibitiva (no desplazada por una norma permisiva preferente).

Por ende, el desconocimiento de las características primarias del comportamiento que fundamentan su antijuridicidad implica, a su vez, el desconocimiento de su antijuridicidad. Para dar un ejemplo: quien dispara letalmente contra

²³ En cambio, no es posible fundamentar tal función de alerta en relación con la representación de la falta de realización de las circunstancias de las cuales depende la satisfacción del supuesto de hecho de una causa de justificación, que es precisamente el argumento finalista a favor de la mal llamada “teoría estricta de la culpabilidad”, que entiende que la suposición errónea de las circunstancias de las cuales depende la realización del supuesto de hecho de una causa de justificación constituiría un error de prohibición (indirecto), y no un error de tipo (permisivo). Véase el argumento en Welzel, Hans: *Derecho Penal Alemán*, 4ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 199. Concluyentemente en la dirección contraria, y demostrando lo errado de la terminología, Hruschka, Joachim: “¿Realmente es «limitada» la teoría «limitada» de la culpabilidad? Adiós a un debate”, en del mismo, *Imputación y derecho penal*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 127 ss., 142 s. Al respecto también Mañalich, J.P., “Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación”, *Revista de Estudios de la Justicia* 3, 2003, pp. 147 ss., 151 ss.

²⁴ Esto, porque la representación de la concurrencia de circunstancias que objetivamente realizarían el supuesto de hecho de una causa de justificación conlleva, de acuerdo con la mejor teoría disponible, una exclusión de la imputación del hecho a título de infracción de deber dolosa.

un ser humano vivo, creyendo erróneamente que se trata de un espantapájaros, necesariamente desconoce la específica antijuridicidad de su comportamiento, que es relativa a su descripción (objetiva) como un comportamiento consistente en causar la muerte de otro ser humano²⁵. Por eso, todo error de tipo implica un correspondiente error de prohibición²⁶, sin que un error de prohibición, a la inversa, implique un correspondiente error de tipo.

Esto significa, por de pronto, que la consciencia (“actual”) de la antijuridicidad del hecho siempre faltará tratándose del injusto propio de un delito imprudente, esto es, de un “cuasidelito”, incluso en casos de imprudencia consciente, en la medida en que la demarcación entre dolo (eventual) e imprudencia (consciente) se trace con arreglo a un criterio (estrictamente) cognoscitivo, y no volitivo²⁷. Y dado que, por contrapartida, sólo puede haber consciencia (“actual”) de la antijuridicidad en relación con un hecho doloso, esto hace posible clarificar la precisa función de imputación del dolo, consistente, según ya se sugiriera, en posibilitar la consciencia de la antijuridicidad como criterio de culpabilidad por el injusto. Pues si recién la adscripción de culpabilidad por el hecho fundamenta el carácter reprochable del hecho, y si el objeto del reproche está constituido por un déficit de fidelidad al derecho manifestado en el no-seguimiento de una norma, entonces para el *reproche* por un no-seguimiento consciente —esto es, doloso— de la norma tendría que exigirse la consciencia (actual) de la antijuridicidad del hecho.

En contra de esto ciertamente cabría esgrimir que los ordenamientos jurídicos que han reconocido expresamente la “diferenciación de niveles” que separa al dolo — entendido como conocimiento de las circunstancias del hecho — del conocimiento de la antijuridicidad del hecho tienden a prescindir de una exigencia de conocimiento actual de la antijuridicidad como requisito de la culpabilidad por un hecho doloso. Así, tanto en el derecho alemán como en el derecho español es posible que se imponga la pena correspondiente al delito doloso a pesar de que el autor haya obrado sin conocimiento (“actual”) de la antijuridicidad del hecho, esto es, haya obrado bajo un error de prohibición, siempre que este error hubiera sido vencible o superable. Bajo el derecho alemán, el error de prohibición vencible da lugar, a lo sumo, a una rebaja facultativa de pena (§ 17 StGB); bajo el derecho español, en cambio, a una rebaja obligatoria para el

²⁵ Esto muestra lo problemática que es la pretensión de reconocer una diferencia categorial, con relevancia para la imputación jurídico-penal, entre error e ignorancia. Así sin embargo van Weezel, Alex: *Error y mero desconocimiento en derecho penal*, Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 52 ss. Pues la función del error es, precisamente, hacer posible la constatación de una falta de conocimiento, esto es, una constatación de ignorancia. Véase ya Binding, Karl: *La culpabilidad en derecho penal*, BdF, Montevideo/Buenos Aires, 2009, p. 66.

²⁶ Véase Jakobs, Günther: *Derecho Penal Parte General*, Civitas, Madrid, 1997, 19/34.

²⁷ Ya Binding, Karl: *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed., Scientia Verlag, Aalen, 1965 [orig.: 1922], tomo II, pp. 314, 325 ss.

tribunal, de uno o dos grados (Art. 14.3 CPE). Y por supuesto, no hay obstáculo alguno que hable en contra de tales regímenes, dado que el legislador es en principio soberano para equiparar la expresión punitiva de formas de reproche que descansan en criterios de imputación divergentes.

Pero lo que no puede obviarse es la constatación de que bajo tales regímenes legales lo que se establece es, precisamente, una equiparación punitiva de formas de reproche heterogéneas. Pues el reproche por un no-seguimiento consciente (o “a sabiendas”) de la norma sólo se deja fundamentar si el sujeto quebranta la norma conociendo (“actualmente”) la antinormatividad de su comportamiento. Si el agente no se representa la antijuridicidad del hecho, entonces el quebrantamiento de la norma sólo le es reprochable en virtud de un criterio de imputación extraordinaria, en el sentido de que el carácter vencible del error de prohibición fundamenta la responsabilidad del sujeto por ese mismo error, puesto que entonces el sujeto pudo evitar, de modo fiel a derecho, su propio déficit de capacidad de seguimiento de la norma. Y nada de esto se ve alterado por la definición eufemística del respectivo requisito de la culpabilidad como un mero “conocimiento potencial” de la antijuridicidad. Pues la expresión “conocimiento potencial” no es más que una metáfora que sugiere la inexistencia de conocimiento, asociada a la posibilidad (y exigibilidad) del mismo²⁸. Cuando el requisito por defecto para la atribución de culpabilidad es identificado, dogmáticamente, con un mero “conocimiento potencial” de la antijuridicidad, lo que en efecto se está reconociendo es la aceptación institucional de un criterio de imputación extraordinaria como el criterio de imputación por defecto.

Luego, los ordenamientos que, como el alemán y el español, hacen posible la afirmación de una culpabilidad por un hecho doloso prescindiendo de la exigencia de conocimiento (“actual”) de la antijuridicidad, admiten, en esa misma medida, un quiebre funcional en referencia a la función de fundamentación de la culpabilidad que desempeña el injusto subjetivo²⁹. Y la pregunta que entonces cabe plantear apunta, justamente, a si semejante quiebre funcional también se encuentra previsto por el derecho chileno, lo cual nos lleva de vuelta a la indagación en el sentido y alcance de los Arts. 1º y 2º del Código Penal.

2.3. Propuesta de interpretación de los Arts. 1º y 2º del Código Penal

Según ya se mostrara, los ordenamientos que prevén una atenuación (facultativa u obligatoria) de pena en relación con el respectivo hecho doloso cuando existe un error de prohibición vencible en el autor, asumen un quiebre funcional en la fundamentación del reproche de culpabilidad. Pues en tal caso, el carácter doloso del injusto no se expresa en el carácter auto-consciente de la

²⁸ Véase Jakobs, Günther: *Derecho Penal Parte General*, Civitas, Madrid, 1997, 19/30.

²⁹ Véase Kindhäuser, Urs: “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, en Frisch *et al*, *El error en el derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 161.

culpabilidad como culpabilidad *por ese* injusto. Ésta es, precisamente, la consecuencia de todo (genuino) error de prohibición, sea vencible o invencible. Frente a ello, lo característico de un error de prohibición vencible se encuentra, más bien, en que el mismo deja subsistente la posibilidad de dirigir un reproche de culpabilidad por el hecho a su autor. Pero ese reproche, mediado por la afirmación del carácter vencible del error, descansa en un juicio de imputación extraordinaria, esto es, en un juicio en virtud del cual se hace responsable a una persona de su propio déficit de responsabilidad.

Lo distintivo de la tradicional teoría del dolo consiste en su propuesta de solución, divergente a la mantenida por la teoría de la culpabilidad, para la determinación de la punibilidad y la penalidad del hecho así imputable. Bajo la solución propuesta por la teoría del dolo, el hecho ha de quedar sometido al régimen sancionatorio aplicable al correspondiente delito imprudente, precisamente porque la culpabilidad afirmada en atención al carácter vencible del error de prohibición se funda en la infracción de una exigencia de cuidado, a saber: la exigencia de cuidado cuya observancia habría puesto al autor en posición de advertir el carácter antijurídico del hecho. Se trata, en tal medida, de una "imprudencia en la evaluación jurídica" del hecho - por oposición a la imprudencia (*stricto sensu*) en la evaluación circunstancial del hecho³⁰. De ahí que no pueda extrañar que, ante la pregunta acerca de los criterios específicos para el reconocimiento del carácter vencible o superable del respectivo error de prohibición, un sector de la doctrina comparada recurra, precisamente, a los criterios bajo los cuales se plantea el reconocimiento de una infracción de la correspondiente exigencia de cuidado conducente a la afirmación de imprudencia³¹.

Lo que resta por clarificar es cuál sea el régimen, previsto por el Código Penal chileno, para los casos en que el error de prohibición vencible no se funda en un error de tipo vencible, esto es, en una falta de dolo ("natural") compensada

³⁰ La exigencia de cuidado relevante para la fundamentación de la imprudencia (*stricto sensu*) está referida a las medidas de precaución cuya adopción habrían puesto al autor en posición de asegurar su capacidad de acción necesaria para la evitación intencional de la realización del tipo. La exigencia de cuidado relevante para la fundamentación del carácter vencible del error de prohibición, en cambio, es relativa las medidas de precaución cuya adopción habría puesto al autor en posición de inferir el carácter antijurídico de su actuar (u omitir) a partir de su conocimiento de las circunstancias del hecho.

³¹ En la doctrina alemana véase Kindhäuser, Urs: *StGB Lehr-und Praxiskommentar*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2010, § 17, n.m. 16; Roxin, Claus: *Derecho Penal Parte General*, 1ª ed. (en castellano), Civitas, Madrid, 1997, § 21, n.m. 48; en la doctrina española, Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal Parte General*, 7ª ed., BdF, Montevideo y Buenos Aires, 2005, Lección 21, n.m. 24, quien habla expresamente de una "imprudencia de derecho". Latamente al respecto Hruschka, Joachim: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 315 ss., en cuyos términos aquí también se trata de una subrogación de un déficit de imputación en atención a la infracción de una incumbencia de proveerse de un determinado conocimiento.

por la imprudencia del autor como criterio de imputación de la infracción de deber a nivel de injusto; es decir, para los casos de error de prohibición vencible en los cuales la falta de consciencia de la antijuridicidad descansa en la falta de inferencia, por parte del autor, del carácter antijurídico del hecho a partir de su efectivo conocimiento de las circunstancias fácticas dadas. A este respecto, la respuesta parece ser tan clara como categórica: el Art. 2º del Código Penal equipara las nociones de “dolo” y “malicia”, con lo cual cabría afirmar que el concepto de dolo hecho suyo por el legislador chileno se corresponde con el concepto de dolo asumido por la tradicional “teoría del dolo”: el dolo integraría la consciencia (“actual”) de la antijuridicidad del hecho³². Pues eso es justamente lo que sugiere la equiparación de los términos “dolo” y “malicia”: una definición de dolo como *dolus malus*³³. La consecuencia que se seguiría de esto ya ha sido anticipada. El error de prohibición vencible excluiría el dolo, con lo cual el hecho sólo resultaría imputable a título de imprudencia, cuya punibilidad dependería, entonces, de que la Ley prevea, específicamente, la punibilidad del respectivo delito imprudente o “cuasidelito”, lo cual por regla general sólo es el caso tratándose de hechos constitutivos de delitos contra las personas, esto es, tipificados en disposiciones contenidas el Título VIII del Libro II del Código Penal, sin perjuicio de la posibilidad de una declaración específica de la punibilidad del respectivo delito imprudente en algún otro contexto regulativo.

Ésta es, en efecto, la lectura de la regulación legal que resulta de la adopción de la tradicional teoría del dolo. Lo que aquí se ha intentado, sin embargo, es sugerir la posibilidad de una lectura parcialmente discrepante, esto es: una lectura que asuma — en el sentido de la teoría de la culpabilidad — la diferenciación entre dolo y conocimiento de la antijuridicidad desde el punto de vista de su diferente posición relativa en el respectivo nivel de imputación, pero que al mismo tiempo asuma — en el sentido de la teoría del dolo — *la necesidad del conocimiento de la antijuridicidad como criterio de culpabilidad por el injusto doloso*. Y lo que hay que fundamentar ahora es la plausibilidad de semejante lectura diferenciada, que pretende hacer operativa la vinculación específica entre el dolo y el conocimiento de la antijuridicidad, proclamada por la teoría del dolo, a través de la diferenciación estructural proclamada la teoría de la culpabilidad, frente a la regulación legal.

Esto, porque si bien el Art. 2º del Código Penal parece equiparar, como ya se sugiriera, las nociones de dolo y malicia, esta equiparación tiende a relativizarse en otros sectores de la regulación legal, fundamentalmente en aquellas

³² Véase Novoa Monreal, Eduardo: *Curso de Derecho Penal Chileno I*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 477 ss., 537 ss., quien validaba, como ya se indicara, la tesis de una presunción de derecho del conocimiento de la significación jurídica del hecho de conformidad con la regla del Art. 8º del Código Civil.

³³ Así Etcheberry, Alfredo: *Derecho Penal Parte General I*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 307 s.

disposiciones que expresamente incorporan una exigencia específica de “malicia”, aunque jamás de “dolo”. Si “dolo” y “malicia” no fueran más que términos estrictamente sinónimos para el legislador, entonces semejante exigencia expresa de “malicia” no sería sino una redundancia. Pues, dado que la exigencia general de dolo opera por defecto, en virtud de la clausura de la punibilidad de la imprudencia establecida por el Art. 10 N° 13, en relación con el Art. 4°, del Código Penal, la exigencia específica de “malicia” resultaría enteramente superflua³⁴.

Para evitar esta constatación de una eventual redundancia legislativa, contraria a la máxima de la interpretación útil³⁵, podrían invocarse dos argumentos. El primero consistiría en sostener que la exigencia específica de “malicia” puede ser entendida como la exigencia de una forma más intensa de dolo, esto es, de dolo directo por oposición al dolo eventual³⁶. El problema, sin embargo, es que esta estrategia contradice, más bien, la tesis de la estricta equiparación legal de “dolo” y “malicia”, proclamada tradicionalmente por los partidarios de la teoría del dolo como clave de lectura de los Arts. 1° y 2° del Código Penal: si “dolo” es igual a “malicia”, y el dolo eventual cuenta como una forma de “dolo”, entonces no es posible imaginar cómo el legislador podría excluir la relevancia de una forma de “dolo” exigiendo nada más que “dolo”.

El segundo argumento consistiría en sostener que la interpretación en cuestión sí evitaría la redundancia, en la medida en que, al exigir “malicia”, el legislador estaría excluyendo la punibilidad del hecho respectivo, en tanto éste sólo resultase imputable a título de imprudencia. El problema, sin embargo, es que semejante argumento sólo funciona tratándose de aquellas exigencias específicas de “malicia” contenidas en disposiciones que tipifican hechos delictivos cuya punibilidad a título de imprudencia efectivamente se encuentra prevista por la Ley, lo cual únicamente ocurre tratándose de los Arts. 395 y 396, que respectivamente tipifican los delitos de castración y de mutilación. Fuera de este ámbito, la interpretación en cuestión no logra eludir la atribución de una redundancia al legislador, contraviniendo así el principio de la interpretación útil.

Frente a esto, sin embargo, cabe proponer una interpretación alternativa, que procure relativizar la tesis de una estricta equivalencia entre las nociones legales de “dolo” y “malicia”. Para ello, es de máxima relevancia considerar el problema

³⁴ Acerca de esta posibilidad interpretativa véase a Amunátegui, Felipe: “*Maliciosamente*” y “*A Sabiendas*” en el Código Penal Chileno, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1961, pp. 46 s.

³⁵ El principio de la interpretación útil constituye un criterio hermenéutico de conformidad con el cual ha de evitarse la interpretación de alguna disposición o expresión legal que prive a ésta de producir efectos normativos.

³⁶ Véase en relación con el aborto (Art. 342), la castración (Art. 365) y la mutilación (Art. 366), Politoff, Sergio, Grisolia, Francisco y Bustos, Juan: *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pp. 148 s., 199, 201.

en referencia al Art. 342 del Código Penal, que tipifica las variantes típicas de aborto cuya realización es imputable, a título de dolo, a personas distintas de la mujer embarazada. El encabezado del Art. 342 exige, en efecto, que el hecho sea cometido “maliciosamente”. Puesto que el aborto, en virtud de su sola posición en el sistema de la regulación legal, no se encuentra configurado como una forma de delito contra las personas, no es admisible una interpretación de “maliciosamente” como equivalente a “dolosamente”, pues ello conllevaría atribuir una redundancia al legislador. Y en contra de esto no cabría aducir que, dado que el Art. 343 tipificaría una forma de aborto cuya realización imputable no requeriría dolo, la exigencia de “malicia” en el Art. 342 no sería redundante, puesto que, en tal medida, la regulación sí reconocería la punibilidad de una forma de aborto imprudente. Pues el Art. 343 habla de “propósito” para referirse al dolo que no necesita darse en el autor, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o bien conste al mismo autor. Lo cual muestra, entonces, que la regulación no recurre a la noción de “malicia” para demarcar el ámbito de punibilidad del aborto doloso y del aborto imprudente.

Esto deja abierta la posibilidad de interpretar el término “maliciosamente”, en el contexto del Art. 342, como una exigencia específica de conocimiento de la antijuridicidad. Y lo interesante está en que hay buenas razones por las cuales el legislador pudo haber juzgado necesario o conveniente establecer tal exigencia específica³⁷. Esto concierne directamente el estatus de la prohibición del aborto como una norma que está lejos de ser auto—evidente para el ciudadano. Sobre todo en atención a la altísima conflictividad que esa prohibición muestra en relación con el reconocimiento de la igual dignidad y la igual autonomía de la mujer embarazada, es altamente probable que, a pesar del dolo (“natural”), el autor del hecho pueda no llegar a inferir su específica antijuridicidad, ante todo en virtud de una eventual suposición errónea de la existencia de causas de justificación, es decir, en virtud de un posible error de prohibición indirecto (o “error de permisión”).³⁸ En este contexto, la exigencia expresa de “malicia” tendría que entenderse como una declaración legal de la exigencia de conocimiento de la antijuridicidad como requisito de la punibilidad

³⁷ Bajo la tesis aquí favorecida, no es casualidad que tal exigencia figure también, por ejemplo, en el Art. 374 bis inc. 2º, que tipifica un delito de mero almacenamiento o adquisición de material pornográfico en cuya producción hubiesen sido utilizados menores de edad, como en los Arts. 1º, 2º y 4º de la Ley 19223, que tipifican delitos de sabotaje informático, destrucción y alteración de datos y divulgación de datos, respectivamente. Pues en todos estos casos se trata del reforzamiento jurídico—penal de prohibiciones que están lejos de ser auto—evidentes para el ciudadano. De máxima relevancia resultar ser la circunstancia del establecimiento relativamente reciente de las mencionadas normas de sanción, pues ello sugiere que el uso correspondiente de “malicia” está lejos de ser un mero resabio anacrónico, expresivo de una deficiente técnica legislativa.

³⁸ Indiciariamente en este sentido, Etcheberry, Alfredo: *Derecho Penal Parte General*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, t. I, p. 308.

del hecho, cuya satisfacción ha de ser exitosamente demostrada por el órgano persecutor.

Así, siempre que el legislador exige que se demuestre positivamente la consciencia de la antijuridicidad, de parte del autor, en la forma de una exigencia de “malicia”, la invocación exitosa de un error de prohibición tendría que operar destruyendo ese presupuesto de la punibilidad del hecho correspondiente. Fuera de este ámbito, sigue estando pendiente determinar cuáles son los efectos que se siguen de un error de prohibición de conformidad con la regulación legal.

Para responder esta pregunta, el punto de partida se halla en la consideración de que la equiparación de las nociones de “dolo” y “malicia”, en el contexto del Art. 2º, no tiene que ser entendida, por las razones ya ofrecidas, como una declaración de equivalencia semántica. Más bien, esa equiparación tiene que ser entendida como una indicación de la conexión funcional que cabe reconocer entre la representación de las circunstancias del hecho y la representación de la significación delictiva del hecho, esto es, entre dolo (“natural”) y malicia³⁹, justamente en el sentido de que la culpabilidad en que se refleja el carácter doloso del hecho sólo puede consistir en una culpabilidad definida por el conocimiento de la antijuridicidad del hecho. Y esta forma de culpabilidad, que es la única funcionalmente congruente con el injusto subjetivo de un hecho doloso, puede ser entendida, a su vez, como la específica “voluntariedad”, en los términos de la definición del inc. 1º del Art. 1º, del hecho constitutivo de un delito doloso⁴⁰.

Pero de acuerdo con la regla del inciso 2º del Art. 1º, el hecho ha de reputarse voluntario, salvo que conste lo contrario; es decir, el hecho *doloso*, en el sentido del Art. 2º, ha de reputarse *malicioso*, salvo que se demuestre lo contrario. Luego, el régimen general de la regulación del Código Penal en relación con los presupuestos de la culpabilidad propia del delito doloso — que sólo se ve alterado allí donde la Ley exige, expresamente, “malicia” — convierte el conocimiento de la antijuridicidad en objeto de una presunción simplemente legal⁴¹,

³⁹ Esto es apenas sugerido por Garrido, Mario: *Derecho Penal Parte General*, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, t. II, pp. 106 s., aunque apoyándose en el escasamente concluyente argumento de que la conjunción “o” que conecta los términos “dolo” y “malicia” sería “alternativa y no equiparativa”. El problema es que esto es lo que debería ser demostrado, y no dado por sentado, por el argumento.

⁴⁰ Con ello, la exigencia de voluntariedad del Art. 1º conserva su carácter común frente a la distinción legal entre el delito doloso y el delito imprudente, formulada en el Art. 2º. Fundamental para esta interpretación, Bustos, Juan y Soto, Eduardo: “Voluntaria significa culpabilidad en sentido restringido”, en *Revista de Ciencias Penales* XXIII, 1964, pp. 260 s.

⁴¹ *Ibid*, p. 261.

la cual sólo resultará derrotada en la medida en que la defensa demuestre, exitosamente, la existencia de un error de prohibición⁴².

Y si este error de prohibición resulta ser un error vencible, entonces, excluyéndose el carácter malicioso del hecho, la punibilidad del mismo ha de quedar sometida al régimen de punibilidad y penalidad del correspondiente delito imprudente o “cuasidelito”: a menos que su punibilidad como delito imprudente esté específicamente prevista por alguna disposición legal, el hecho sólo resultará punible, en tanto el mismo se encuentre tipificado bajo el Título VIII del Libro II del Código Penal, con arreglo a los Arts. 490 y siguientes, que justamente exigen la inexistencia de “malicia”, y no meramente la inexistencia de “dolo”.

Lo anterior no se ve modificado si se toma en cuenta que el legislador ha establecido un régimen diverso en el Art. 110 del Código Tributario, consistente en el reconocimiento de una eximente o atenuante en caso de que, tratándose de una persona “de escasos recursos pecuniarios, por su insuficiente ilustración o por alguna otra causa justificada”, ella hubiese tenido “un conocimiento imperfecto del alcance de las normas infringidas”. Pues el conocimiento de la antijuridicidad no depende del conocimiento del alcance de la norma respectiva — pues de lo contrario cualquier error de subsunción podría implicar la inexistencia de consciencia de la antijuridicidad —, sino que se reduce a la inferencia del carácter antijurídico del hecho a partir de la representación de las circunstancias fácticas de las cuales depende la realización del correspondiente tipo delictivo. Por ende, al establecer un régimen distinto, el Art. 110 del Código Tributario pone de manifiesto que la exigencia general de malicia como forma de culpabilidad correlativa al eventual carácter doloso del hecho no se encuentra reconocida en el ámbito del derecho (penal) tributario⁴³. La disposición restringe, por ende, el alcance eximente del error de prohibición previsto (implícitamente) por el Código Penal, de modo que aquellos contribuyentes que no se encuentran en la situación descrita por la regla no pueden invocar un desconocimiento de la ilicitud de su actuar u omitir a modo de exoneración⁴⁴.

⁴² A diferencia de la tesis defendida por Amunátegui, Felipe: “*Maliciosamente*” y “*A Sabiendas*” en *el Código Penal Chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1961, pp. 56 ss., la tesis aquí defendida no parte de la base de la interpretación de la presunción de voluntariedad como una presunción de dolo; antes bien, esa presunción es sólo una presunción de la consciencia de la antijuridicidad, que se ve revertida, entonces, cada vez que el legislador formula una exigencia específica de (la comprobación de) “malicia”.

⁴³ De ahí que no sea posible considerar la regulación del Art. 110 del Código de Tributario como instancia particular de un régimen más general que pudiera ser atribuido al legislador. Véase sin embargo van Weezel, Alex: *Error y mero desconocimiento en derecho penal*, Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 63 ss.

⁴⁴ Ello no contraviene exigencia de legitimación alguna que pudiera ser vinculante para el legislador, dado que el Art. 2º del Código Penal, al igual que el Art. 110 del Código Tributario, constituye una

La solución general que, por defecto, prevé el Código Penal para los casos de error de prohibición vencible consiste, entonces, en la exclusión del régimen de penalidad asociado a la exigencia de culpabilidad *por* un injusto doloso — esto es, de aquel régimen que presupone una atribución de culpabilidad en la cual se refleja el carácter doloso del injusto (subjetivo) —, subsistiendo únicamente la aplicabilidad del régimen de penalidad correspondiente a la culpabilidad referida a un injusto imprudente, siempre que la Ley prevea la punibilidad del hecho imputable a título de imprudencia en el ámbito delictivo correspondiente.

2.4. La demarcación precisa de los presupuestos del error de prohibición

Aquí es importante constatar que la solución propuesta sólo se aleja de la que favoreciera la Corte Suprema, en sus dos emblemáticos pronunciamientos de los años 1998 y 1999, ya examinados, en lo tocante a las consecuencias del reconocimiento de un error de prohibición vencible. Pues tratándose de un error de prohibición invencible, ambas propuestas llevan a la misma consecuencia: exclusión de toda responsabilidad jurídico-penal por inexistencia de culpabilidad. Por ende, la diferencia importante concierne el régimen de punibilidad y penalidad aplicable en los casos de error de prohibición vencible: mientras que la propuesta hecha suya por la Corte Suprema, que se corresponde con la fundamentación tradicional de la teoría de la culpabilidad, se limita a postular el reconocimiento de una atenuación de la responsabilidad por vía analógica, la propuesta aquí defendida, que lleva al mismo resultado tradicionalmente defendido por los partidarios de la teoría del dolo, somete la punibilidad y penalidad del hecho, en el mismo caso, al régimen aplicable al correspondiente delito imprudente.

Aquí es importante reparar, por de pronto, en que la propuesta aquí favorecida, a diferencia de aquella hecha suya por la Corte Suprema, exhibe la ventaja considerable de resultar estrictamente congruente con el texto de la regulación legal: en la medida en que los Arts. 490 y 492 prevén que el régimen aplicable al delito imprudente supone la inexistencia de malicia, y en la medida en que por “malicia” haya que entender, según ya se sostuviera, la específica conciencia de la antijuridicidad del hecho posibilitada por la representación de las circunstancias del hecho, resulta del todo consecuente afirmar la aplicabilidad de dicho régimen a los casos de error de prohibición vencible. Y según ya se mostrara también, la solución postulada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, antes que ajustarse a los términos del Código Penal chileno, parece presuponer un contexto regulativo como el de la legislación alemana o la legislación española.

Pero para defender la plausibilidad y, sobre todo, la verosimilitud de la lectura de la regulación aquí favorecida, puede ser importante, asimismo, dar cuenta

norma de rango legal: *lex specialis (posterior) derogat lege generali (priori)*.

de que sus consecuencias distan de ser lo radicales que parecerían ser, al menos a primera vista. Pues una objeción en tal sentido desconocería, en efecto, que las condiciones de las cuales depende el reconocimiento de un error de prohibición, y ya con independencia de su carácter vencible o invencible, son más estrictas que lo pudiera imaginarse. Desde ya, porque la representación, por parte del autor, del carácter específicamente antijurídico del hecho no necesita en modo alguno consistir una representación cabal del sentido y alcance de la norma respectiva. Antes bien, para la consciencia (“actual”) de la antijuridicidad del hecho es suficiente que el autor infiera el carácter específicamente antinormativo de su actuar a partir de su conocimiento de las circunstancias fácticas de las cuales depende la realización del tipo⁴⁵. Y obviamente esto no exige en modo alguno que el autor llegue, en sentido técnico, a subsumir su comportamiento bajo el tipo delictivo correspondiente, sino sólo que llegue a la conclusión de que su comportamiento, en atención a las características que objetivamente fundamentan su antijuridicidad, ha de ser un comportamiento contrario a derecho, precisamente en atención a su descripción como un comportamiento de esas características⁴⁶. Es recién en este nivel, y no en el de la determinación del dolo (“natural”) por referencia al conocimiento de las circunstancias fácticas de las cuales depende, objetivamente, la realización del tipo, que cabe recurrir a la así llamada “valoración paralela en la esfera del lego”, precisamente en la adscripción del conocimiento de la antijuridicidad⁴⁷.

Y esta consciencia de la específica antijuridicidad del hecho, por otra parte, no necesita conllevar una representación de su ilicitud que sea rayana en la certeza, sino que es suficiente lo que cabría denominar un “conocimiento eventual de la antijuridicidad”⁴⁸. Pues esto se sigue, sin más, del reconocimiento de la función indiciaria del dolo, ya analizada. Si el dolo, definido en su forma básica como dolo eventual, se satisface con una representación, con un grado de probabilidad relevante para la decisión, de la posibilidad concreta de la realización del tipo delictivo a través del propio comportamiento, entonces semejante dolo (eventual) a lo sumo podrá fundamentar una representación equivalente, definida por el mismo grado de probabilidad, del carácter antijurídico del hecho. Para dar un ejemplo: si un sujeto cree, con un grado de probabilidad de X%, que aquello sobre lo cual dispara con un arma de fuego es un ser humano, entonces su conocimiento de la antijuridicidad del hecho (en tanto constitutivo de homicidio) no podrá superar el grado de probabilidad de X%. Dicho en

⁴⁵ Kindhäuser, Urs: “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, en Frisch *et al*, *El error en el derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 161 s.

⁴⁶ Binding, Karl: *La culpabilidad en derecho penal*, BdF, Montevideo y Buenos Aires, 2009, pp. 53 s.

⁴⁷ Así Kindhäuser, Urs: “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, en Frisch *et al*, *El error en el derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 162.

⁴⁸ Silva Sánchez, Jesús: “Observaciones sobre el conocimiento ‘eventual’ de la antijuridicidad”, en, del mismo, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 259 ss.

otros términos: el conocimiento de la antijuridicidad del hecho —al igual que el conocimiento de las circunstancias del hecho (= “dolo”) sobre el cual reposa aquél— subsiste, en el caso normal, “a pesar de la duda”⁴⁹.

De esto es posible extraer dos consecuencias fundamentales, en lo que aquí interesa. Por una parte, la eventual aceptación de la tesis aquí desarrollada, según la cual el régimen de punibilidad y penalidad aplicable al hecho atribuible a una persona en quien se da un error de prohibición vencible ha de consistir en el régimen legal previsto para el correspondiente delito imprudente o “cuasidelito”, está lejos de significar el otorgamiento de un “bolsón general de impunidad”, dado lo estrictas que son las condiciones para reconocer, de entrada, un posible error de prohibición. Pero por otra parte, aun de no seguirse la solución aquí propuesta, bajo la convicción de que la solución favorecida por la jurisprudencia de la Corte Suprema no estaría expuesta a las objeciones concluyente que aquí se han esgrimido en su contra, de todas formas es necesario reconocer que entre el dolo —entendido como la representación de las circunstancias del hecho— y la consciencia de la antijuridicidad del hecho existe una conexión funcional que ha de guiar el examen de las condiciones específicas que han de verificarse a la hora de afirmarse la culpabilidad por un injusto atribuible a título de dolo. Pues son las características objetivas del hecho de las cuales depende su contenido de injusto lo que el sujeto ha de representarse, con el grado de probabilidad relevante, para que el hecho le resulte subjetivamente imputable a título de dolo. Y es solamente esta representación de las circunstancias del hecho, constitutiva del dolo “natural”, lo que a su vez puede llevar a que el sujeto advierta la eventual antijuridicidad del hecho que le resulta imputable. Como se intentará mostrar en lo que sigue, ésta es una consideración capital a la hora de indagar en la manera en que cabría reconocer la eficacia eximente de un error de prohibición en relación con un hecho constitutivo de violación o abuso sexual respecto de una persona menor de 14 años.

3. El error de prohibición como causa de exclusión de la culpabilidad por el injusto de un delito contra la libertad o la indemnidad sexual

3.1. Contenido de injusto y bien jurídico

De acuerdo con la descripción de la conexión funcional entre el injusto y la culpabilidad que se propusiera más arriba, el injusto tiene que ser entendido como el objeto de referencia de la culpabilidad, pues sólo de esta manera cabe dar cuenta de la exigencia de culpabilidad precisamente como una exigencia de culpabilidad por el injusto. Y ésta es la clave para la tesis, ya fundamentada, de

⁴⁹ Binding, Karl: *La culpabilidad en derecho penal*, BdF, Montevideo y Buenos Aires, 2009, pp. 55 s.

que la función del dolo se reduce a posibilitar la consciencia de la antijuridicidad del hecho. En tales términos, el dolo determina el alcance de la consciencia de la antijuridicidad. Pues un sujeto sólo puede reconocer la ilicitud de su comportamiento bajo la descripción de su comportamiento que le es conocida. Y lo que determina que tal conocimiento de una posible descripción del propio comportamiento del autor cuente como el dolo del hecho no es sino que esa descripción se refiera a aquellas características del mismo comportamiento que le confieren relevancia típica.

Lo anterior significa que la única manera de determinar la especificidad tanto del dolo como de la consciencia de la antijuridicidad, entendidos como criterios de imputación de un hecho eventualmente constitutivo de un delito contra la libertad o la indemnidad sexual (de otra persona), es atendiendo a la especificidad de la descripción típica de ese mismo hecho.

Aquí resulta indispensable, por ende, determinar qué componentes de la descripción típica de un comportamiento eventualmente constitutivo de un delito “de significación sexual” son aquellos cuya realización puede servir de indicio de la ilicitud de ese mismo comportamiento, en la medida en que el agente tenga consciencia de su realización. Y a este respecto, lo primero que se impone es la constatación de que el problema queda completamente oscurecido en la medida en que se hable aquí, precisamente, de “delitos de significación sexual”, o aun de “delitos sexuales”⁵⁰. Pues esta terminología justamente se distingue por hacer irreconocible aquellos componentes de las respectivas descripciones típicas que confieren la correspondiente “marca de injusto” al comportamiento que satisface alguna de esas descripciones. Esto, porque dicha terminología, que parece encontrarse plenamente enraizada en la discusión forense, disocia enteramente la designación del específico injusto típico, por un lado, de la identificación del fundamento de la antijuridicidad material del correspondiente injusto típico, por otro. Pues la etiqueta “delito de significación sexual”, que responde más bien a la adopción de un punto de vista puramente fenoménico, no expresa en modo alguno cuál sería el objeto de protección de la norma eventualmente quebrantada por el autor del delito, esto es, cuál sería el bien jurídico cuyo menoscabo conferiría la marca de injusto al hecho típico.

Así, en tanto se favorezca la terminología de los “delitos de significación sexual” o “delitos sexuales”, resulta imposible dar cuenta de la muy diversa marca de injusto que exhibe un hecho constitutivo de violación y un hecho constitutivo de incesto, o bien entre un hecho constitutivo de estupro y un hecho constitutivo de sodomía (en relación con un menor de 18, pero mayor de 14 años)⁵¹. Para

⁵⁰ Véase a este respecto la observación de Manuel de Rivacoba contenida en el prólogo de Rodríguez Collao, Luis: *Delitos Sexuales*, 1ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 9 s.

⁵¹ Véase a este respecto el informe en derecho acompañado con fecha 14 de octubre de 2010 por la Defensora Nacional en los autos rol N° 1683-10, ante el Tribunal Constitucional, a fojas 146 y

ejemplificar el punto en atención a la última contraposición: si bien tanto el estupro (tipificado en el Art. 363) y la sodomía (tipificada en el Art. 365) pueden ser entendidos como delitos “de significación sexual”, y si bien la descripción típica de uno y otro exige que el autor realice una acción constitutiva de acceso carnal sobre una persona menor de edad, pero mayor de 14 años, el específico contenido de injusto de uno y otro es abismalmente divergente. Pues en la medida en que su descripción típica exige la realización de una forma de interacción abusiva con el menor, quien entonces puede ser identificado como víctima, el estupro puede ser entendido como un delito cuyo contenido de injusto se corresponde con el menoscabo de un bien jurídico individual. Y esta consideración está completamente fuera de lugar para la caracterización del injusto específico de la sodomía, que, a pesar del lugar común tradicionalmente esgrimido en contrario, y que recientemente hiciera suyo la opinión de mayoría expresada en la sentencia del Tribunal Constitucional, que afirmó la constitucionalidad de la norma contenida en el Art. 365 del Código Penal⁵², no puede identificarse con el menoscabo de un bien jurídico individual, así como tampoco con el menoscabo de un bien jurídico colectivo que no se reduzca a un juicio difuso de aversión a la homosexualidad.

Sobra decir que esta caracterización no legitima en modo alguno la norma de sanción penal que tipifica la sodomía, sino que constata y denuncia su ilegitimidad. Lo importante aquí es advertir que dicha constatación tiene consecuencias interpretativas de suma relevancia. Pues en la medida en que no es posible identificar la marca de injusto de la sodomía con aquella del estupro, se vuelve posible, por ejemplo, entender que lo que cuenta como “acceso carnal” bajo una y otra descripción típica no necesita ser coincidente. Estando excluida ya la penetración por vía vaginal en atención a la anatomía de la persona que cuenta como objeto del hecho —y que sin embargo no es “víctima”, dado que no se trata aquí de un bien jurídico individual cuya titularidad pudiera corresponder a una persona determinada—⁵³, es admisible la postulación de una interpretación restrictiva que excluya también la relevancia típica de una penetración por vía oral, en la medida en que históricamente sólo la penetración por vía anal haya reclamado el estatus de sodomía, sin que a su respecto resulten pertinentes, entonces, las consideraciones esgrimidas a favor de la ampliación del ámbito típico de los delitos de violación y estupro con ocasión de la reforma

ss., respaldando una pretensión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma de sanción del Art. 365 del Código Penal. [Nota del editor: Dicho informe se encuentra inserto en este volumen].

⁵² Por sentencia de 4 de enero de 2011, rol N° 1683-10.

⁵³ Esto resulta de que sólo un varón puede ser autor (directo) de un hecho tipificado como constitutivo de un acceso carnal, en la medida en que sólo una penetración cuente como “acceso carnal” y sólo la introducción del pene cuente como “penetración”, y de que, con arreglo al Art. 365, el acceso haya de recaer sobre una persona del mismo sexo del autor.

introducida por la Ley 19617, del año 1999. Y esto, precisamente porque dichas consideraciones apuntaban a la necesidad de protección de bienes jurídicos —la libertad o la indemnidad sexual— cuyo menoscabo es enteramente ajeno al contenido de injusto del delito tipificado en el Art. 365.

3.2. La relevancia de la exigencia típica relativa a la edad de la víctima

Las breves referencias precedentes al específico contenido de injusto del delito de estupro pueden servir de base para dar cuenta de un dato de la regulación legal que aquí interesa, y que concierne la relevancia de la edad de la posible víctima —en sentido estricto— de un delito “de significación sexual”. Pues que la realización del tipo delictivo dependa de que la persona que es objeto de penetración pertenezca al rango de edad que va desde los 14 hasta los 18 años, es expresivo de una de las claves básicas de la definición legislativa del alcance de protección jurídico-penal de la libertad y la indemnidad sexual.

La necesidad de hablar disyuntivamente de la libertad sexual y la indemnidad sexual se sigue, en efecto, de las consecuencias normativas que la regulación asocia a la edad de la persona que puede contar como víctima del hecho delictivo en cuestión. Pues al menos tratándose de la tipificación de aquellos delitos que admiten ser entendidos, en este ámbito, como delitos de lesión —y no de peligro abstracto, como los de producción de material pornográfico con utilización de menores de edad (Art. 366 quinquies), proxenetismo respecto de menores de edad (Art. 367) y obtención recompensada de servicios sexuales (Art. 367 ter)—⁵⁴, es la circunstancia de que la potencial víctima sea una persona mayor o menor de 14 años de edad lo que determina si el contenido de injusto del hecho eventualmente delictivo habrá de identificarse con un menoscabo de su libertad sexual o de su indemnidad sexual, respectivamente.

Usualmente, esta última cuestión se expresa en la terminología del reconocimiento de la exclusión del injusto del hecho en atención a la posible significación del consentimiento del afectado: mientras que los mayores de 14 años serían “capaces de consentir sexualmente”, quienes aún no han alcanzado esta edad serían “incapaces de consentir sexualmente”. Esta manera de hablar apunta a algo que es indiscutiblemente correcto, pero impropriamente expresado. Pues las circunstancias que, por ejemplo, pueden convertir en constitutivo de violación, en los términos del Art. 361 del Código Penal, el contacto sexual consistente en la penetración por vía oral, anal o vaginal de una persona mayor de 14 años no son circunstancias bajo las cuales resulte excluido, en términos

⁵⁴ A favor de esa interpretación de la disposiciones mencionadas, como expresivas de normas de sanción que tipifican delitos de peligro abstracto en contra de la libertad y la indemnidad sexual, habla decisivamente el hecho de que en ellas se hable en plural de “menores de edad” o “menores de 18 años” o “mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad” para caracterizar a los individuos en relación con quienes el potencial autor ha de ejecutar el hecho típico. Técnicamente, por lo mismo, esos individuos no pueden contar como víctimas.

dogmáticamente precisos, el consentimiento del afectado en relación con un comportamiento que en sí mismo considerado —esto es, haciendo abstracción de la existencia o no de tal “consentimiento”— pudiera reclamar relevancia jurídico-penal.

Antes bien: semejante contacto sexual recién adquiere relevancia jurídico-penal en la medida en que tenga lugar bajo alguna de las circunstancias enunciadas en dicho artículo. Pues en términos dogmáticamente refinados, el consentimiento siempre ha de entenderse referido a un determinado menoscabo de un bien jurídico (individual), menoscabo que precisamente no se da, tratándose de un contacto sexual de tal naturaleza, a menos que la penetración sea efectuada bajo alguna de las circunstancias de comisión alternativamente fijadas en el Art. 361 (o bien en el Art. 363, siempre que la víctima, siendo mayor de 14, no sea aún mayor de 18 años)⁵⁵. Pues no concurriendo alguna de esas circunstancias no es posible siquiera reconocer un menoscabo del bien jurídico protegido por la norma de cuyo quebrantamiento se trata, a saber: la libertad sexual.

Por ende, lo que diferencia la posición de una persona mayor de 14 años de aquella de una persona menor de 14 años como posible víctima de alguno de los delitos que aquí interesan es la circunstancia de que sólo a la primera se reconoce capacidad de desenvolvimiento libre en la interacción o tráfico sexual, esto es, autonomía sexual; una persona menor de 14 años, en cambio, queda precisamente definida como sujeto privado de esa capacidad de desenvolvimiento sexual, esto es, de todo margen de autonomía sexual, lo cual se traduce en que la regulación lo convierta en objeto de la más estricta y absoluta tabuización. Y es precisamente este estatus de persona sexualmente intangible lo que constituye el objeto de protección de las normas de comportamiento cuyo quebrantamiento se encuentra tipificado en los Arts. 362, 365 bis N° 2, 366 bis y 366 quáter incs. 1° y 2°.

Tratándose de personas a quienes la Ley reconoce capacidad de desenvolvimiento libre en la interacción sexual, ahora bien, la regulación introduce una nueva distinción, que también se expresa por referencia a la edad de la víctima, entre aquellas que serían paradigmáticamente capaces de libre desenvolvimiento sexual, por una parte, y aquellas que sólo lo serían incipientemente, a saber, todas aquellas personas que son mayores de 14 y menores de 18. Las personas

⁵⁵ Por ende, para designar aquellas formas de “voluntad conforme” con la ocurrencia del contacto sexual por parte de la persona cuya cavidad corporal es penetrada que obstan a la verificación de alguna de las modalidades de comisión enunciadas en los numerales del Art. 361, es conveniente hablar de un “acuerdo” que es conceptual o semánticamente incompatible con la efectividad de la circunstancia de la cual depende la correspondiente realización típica. Para esta distinción entre las categorías dogmáticas del consentimiento y el acuerdo, Mañalich, Juan Pablo: *Nötigung und Verantwortung*, Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 100 ss.

pertenecientes a este rango etario intermedio pasan a quedar sometidas a un estatus especial, asociado a un juicio legislativo relativo a la especial vulnerabilidad de su desenvolvimiento sexual libre, lo cual lleva aparejada la aplicabilidad de un régimen de protección intensificada a su respecto, que propiamente admite ser caracterizado como "paternalista". Dicho régimen de protección intensificada queda constituido —haciendo abstracción aquí de las normas que protegen formas de menoscabo constitutivas de peligro abstracto— por el reforzamiento jurídico-penal de la prohibición del estupro (Art. 363), de la correspondiente prohibición del abuso sexual bajo idénticas circunstancias de comisión (Art. 365 bis N° 3 y Art. 366 inc. 2°), así como por la prohibición de involucramiento de un menor en una acción de significación sexual (Art. 366 quáter inc. 3°).

Podría parecer que las escuetas disquisiciones sistemáticas precedentes se alejan del objeto temático del presente informe, pero ello no es el caso. Pues dichas disquisiciones sugieren que la edad de la víctima de un hecho constitutivo de un delito contra la libertad o la indemnidad sexual de una persona es la variable decisiva para establecer cuál pudiera ser el contenido de injusto específico del hecho de tener lugar bajo alguna de las circunstancias de comisión respectivamente relevantes. Y esto, hasta el punto de que es justamente la edad de la víctima lo que determinará si ese contenido de injusto ha de identificarse con la lesión de la libertad sexual o bien con la lesión de su indemnidad sexual. Y como ya se ha puesto de manifiesto, se trata aquí de dos bienes jurídicos no sólo distintos, sino que esencialmente contrapuestos, precisamente en atención a que aquellas personas que en razón de su edad pueden llegar a ser víctimas de un delito contra su indemnidad sexual son legislativamente declaradas como privadas de todo reconocimiento de libertad sexual⁵⁶.

De esto se sigue una consecuencia de la mayor trascendencia para lo que aquí interesa, en lo específicamente concerniente a la conexión entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad. Es evidente, por de pronto, que el desconocimiento del rango etario al que pertenece la víctima volverá imposible que quien realiza a su respecto un contacto sexual relevante bajo la tipificación de algún delito contra la indemnidad sexual tenga consciencia de la ilicitud de su actuar, lo cual, sin embargo, no constituiría más que el efecto reflejo de la correspondiente falta de dolo en tal caso; ese desconocimiento, en otras palabras, no representa sino un error de tipo, cuya existencia implica, según ya se mostrara, la existencia de un correspondiente error de prohibición⁵⁷. Pero lo importante

⁵⁶ Para una revisión exhaustiva del problema en el ámbito comparado, véase Waites, Matthew: *The Age of Consent. Young People, Sexuality and Citizenship*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2005, especialmente pp. 11 ss., 208 ss. Al respecto también Couso, Jaime: "La sexualidad de los menores de edad ante el derecho penal", en Alegre *et al*, *Derecho y Sexualidades. SELA 2009*, Librería, Buenos Aires, 2010, pp. 233 ss.

⁵⁷ Véase *supra*, 2.2.

es que aun de estar al tanto el sujeto del rango etario al que pertenece la víctima, este conocimiento sólo podrá servirle de indicio de la antijuridicidad del contacto sexual mantenido con esa persona en tanto el primero reconozca y comprenda el fundamento de protección que determina el carácter prohibido de su comportamiento. Y dada la heterogeneidad de los fundamentos de protección sintetizados en las nociones (normativamente cargadas) de libertad sexual e indemnidad sexual, no hay razón alguna para asumir que cualquier ciudadano que reconozca y comprenda el merecimiento de protección del primero de esos bienes jurídicos (= libertad sexual) tuviera también que reconocer y comprender el merecimiento de protección del segundo (indemnidad sexual), precisamente por la esencial contraposición existente entre uno y otro.

Y aunque pueda ser plausible suponer que hay razones para dar por sentado el reconocimiento y la comprensión del fundamento de protección de la indemnidad sexual allí donde se trata de un recién nacido o un infante, ello deja de ser igualmente inequívoco en la medida en que la víctima se acerca al umbral de la pubertad. Pues aun bajo la hipótesis de que el eventual autor sepa que la víctima aún no ha cumplido los 14 años de edad al momento del respectivo contacto sexual, esto es, bajo la hipótesis de la inexistencia de un error de tipo que pudiera obstar a la adscripción de dolo ("natural") a este respecto, ello de ninguna manera garantiza que cualquier ciudadano, sea cuál sea el respectivo contexto socio-cultural, vaya a poder inferir, a partir de tal representación, la ilicitud del contacto sexual.

3.3. ¿Resurgimiento de la solución del error *iuris nocet* en la jurisprudencia?

En la jurisprudencia de la última década se registra un pronunciamiento puntual de la Corte Suprema, emitido por sentencia de 21 de diciembre de 2004, rol N° 3173-04, que tiene máxima significación para el establecimiento de las implicaciones del análisis ofrecido en la sección anterior, precisamente porque concierne los criterios de reconocimiento de un posible error de prohibición directo por desconocimiento de la significación jurídica de la calidad de menor de 14 años de la persona con la cual el imputado mantenía una relación sentimental, en el marco de la cual tuvieron lugar contactos sexuales constitutivos de acceso carnal de su parte. El caso llegó a ser conocido por la Corte a través de un recurso de casación en la forma y otro de casación en el fondo, siendo acogido el primero. En la sentencia de reemplazo, la Corte se pronunció sobre la invocación de un error de prohibición, con eficacia eximente de responsabilidad, por parte de la defensa. Por su importancia, el considerando amerita ser reproducido íntegramente:

Que la defensa ha fundado petición de absolución del inculpado en la contestación de las acusaciones, alegando que ha incurrido en error de prohibición que hace consistir en el hecho que por su declaración y demás antecedentes del proceso desconocía que la sola edad de la persona con la cual mantenía

relaciones sexuales era determinante para la configuración del delito de violación por el cual fue acusado. [...] Pues bien, la defensa no se funda precisamente en la conciencia del defendido de estar ejecutando un acto lícito en la persona del menor, si no más bien en el simple desconocimiento de que la sola edad del menor era determinante del delito, lo que equivale a alegar la ignorancia de la norma invocada en el considerando anterior para tipificar el delito de violación, alegación que expresamente se encuentra prohibida después de que la Ley ha entrado en vigencia conforme lo sanciona el artículo 8° del Código Civil, siendo obligatoria y se presume su conocimiento desde que ha sido publicada en el Diario Oficial (artículo 7° inciso 1°). Luego, esta presunción obligaba a la defensa a probar de contrario el conocimiento real por parte del encausado que la minoridad de la ofendida era constitutivo [sic] de delito y al no hacerlo no corresponde su aceptación (c. 5°).

Aquí no es necesario someter el tenor de este considerando a un escrutinio exhaustivo⁵⁸. Lo que interesa, más bien, es centrarse en las razones esgrimidas por la Corte para negar la existencia de un error de prohibición. En el caso, lo que se planteaba era la alegación de un error de prohibición directo, esto es, un error que (eventualmente) podía excluir la culpabilidad del sujeto en virtud de su desconocimiento de la ilicitud de su comportamiento. Para rechazar esa alegación, la Corte postuló una distinción entre el desconocimiento “de estar ejecutando un acto lícito en la persona del menor”, por una parte, y “el simple desconocimiento de que la sola edad del menor era determinante del delito”⁵⁹. Así, y a juicio de la Corte, lo primero habría podido conducir, efectivamente, al reconocimiento de un error de prohibición, mientras que lo segundo, que equivaldría a “alegar la ignorancia de la norma invocada”, no daría lugar a una exclusión de la culpabilidad por el hecho. Pues resolver en sentido contrario, sostuvo la Corte, supondría desconocer la presunción de conocimiento de la Ley establecida en el artículo 8° del Código Civil.

Lo que la Corte sugirió, en otros términos, es que reconocer eficacia eximente al desconocimiento de que la sola edad de la víctima determinaba la ilicitud del contacto sexual mantenido con ella equivaldría a reconocer eficacia eximente al desconocimiento de la correspondiente norma prohibitiva, lo cual sería

⁵⁸ Al respecto véase Mañalich, Juan Pablo: “Condiciones generales de la punibilidad”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* 2 (2005), pp. 387 ss., 446 ss.

⁵⁹ Igual distinción hizo suya, frente a un caso análogo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 7 de diciembre de 2007, rol N° 1277-07, en su considerando 4°. Llamativamente, la misma consideración aparece en (el considerando 13 de) la sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, de 27 de octubre de 2009, rol N° 73-09 por la cual se confirmó la decisión de absolución, también en relación con un hecho típico en el sentido del Art. 362 del Código Penal, en virtud del reconocimiento de la eficacia eximente de un error de prohibición invencible.

incompatible con la presunción de conocimiento de la Ley establecida en el Código Civil. El problema es que esto último desconoce abiertamente que, según lo ya sostenido, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho depende de que el sujeto se represente que existe alguna norma de comportamiento jurídicamente que prohíbe su comportamiento. Según ya se sostuviera, esto no requiere en modo alguno que el sujeto tenga una representación acabada del alcance preciso de la norma en cuestión, sino que es suficiente que el sujeto concluya, sobre la base de su (efectiva) representación de las circunstancias del hecho —representación que es constitutiva del dolo correspondiente—, que su comportamiento ha de ser contrario a (una norma del) derecho, puesto que nada más cabe exigir del ciudadano de un Estado democrático⁶⁰.

Por ende, la pregunta fundamental tendría que haber sido la de si el desconocimiento de que la sola edad de la víctima, por tratarse de una menor de 14 años, conlleva una absoluta prohibición de un contacto sexual, constitutivo de acceso carnal, a su respecto, ponía en jaque o no el reconocimiento de una culpabilidad por el injusto del menoscabo de la indemnidad o intangibilidad sexual de la víctima.

Y la consideración determinante para responder esa pregunta concierne la significación del factor de la edad de la víctima como razón suficiente para convertir en ilícito el respectivo contacto sexual. Que una determinada forma de contacto sexual se encuentre prohibida, independientemente de cualquier otra circunstancia adicional, respecto de toda persona que aún no alcanza una cierta edad, implica que la representación de la significación de esa circunstancia es decisiva para que el destinatario de la norma llegue a estar en posición de evitar intencionalmente su quebrantamiento. Y esto quiere decir, a su vez, que el desconocimiento invocado por la defensa del imputado afectaba ya sus posibilidades de comprender en qué consiste el bien jurídico —la indemnidad o intangibilidad sexual del menor— cuyo menoscabo tenía que ser evitado a través de la abstención del contacto sexual en cuestión. Esto es: dado lo que el imputado desconocía, él ni siquiera se representaba en qué pudiera consistir el objeto de protección de la norma cuyo quebrantamiento tendría que fundamentar el correspondiente reproche punitivo a serle dirigido.

Por ende, es simplemente incomprensible la afirmación de que bajo el derecho chileno el desconocimiento de la antijuridicidad del hecho podría tener eficacia excusante, y que al mismo tiempo carecería de toda relevancia que el sujeto desconozca que, en atención a la sola edad de la víctima, su comportamiento constitutivo de un acceso carnal sobre ésta resulta *per se* delictivo. Pues des-

⁶⁰ Esto no obsta, ciertamente, a que el conocimiento de la norma haga sin más reconocible para su destinatario el conocimiento de la ilicitud de su actuar, en la medida en que el sujeto tenga conocimiento de las circunstancias fácticas que le confieren relevancia típica a su comportamiento, esto es, en la medida en que actúe dolosamente.

conocer que dicha circunstancia confiere *per se* carácter delictivo al comportamiento en cuestión equivale a desconocer la antijuridicidad del hecho.

Más allá de lo anterior, también cabe reparar en lo anómala que resulta la maniobra argumentativa global desplegada por la Corte en fallo aquí considerado. Por una parte, la Corte reconoció la eficacia eximente del error de prohibición, en congruencia con su línea de jurisprudencia abierta por el fallo de 1998⁶¹. Por otra parte, empero, la Corte negó la eficacia eximente del desconocimiento de la correspondiente norma prohibitiva, por aplicación del artículo 8° del Código Civil. Mas la misma Corte terminó afirmando que la presunción establecida en dicho artículo “obligaba a la defensa a probar de contrario el desconocimiento real por parte del encausado que la minoridad de la ofendida era constitutivo [sic] de delito”. O sea, la Corte sugirió una interpretación del artículo 8° del Código Civil como estableciendo una presunción simplemente legal, que en tanto tal admitiría prueba en contrario. Esto contradice, desde luego, la interpretación tradicional de la disposición en cuestión, pero también resulta inconciliable con el señalamiento previo de la Corte, ya criticado, según el cual en ningún caso el desconocimiento de la norma podría constituir un error de prohibición excluyente de la culpabilidad por el hecho.

La sugerencia de la admisibilidad de prueba en contrario parece más bien corresponderse con la lectura del Art. 1° del Código Penal tradicionalmente propuesta por los partidarios de la teoría de la culpabilidad, que interpreta la presunción de voluntariedad establecida en el inc. 2° de esa disposición como una presunción derrotable de la consciencia de la antijuridicidad del hecho. Y esta presunción no podría en caso alguno ser entendida como presunción de derecho, al menos en tanto se sostenga, como lo hiciera ya la propia Corte Suprema, que ello estaría excluido por la proscripción constitucional de presunciones de derecho de responsabilidad penal (Art. 19 N° 3 inc. 6° CPR). Todo el problema se suscita, por ende, por la circunstancia de que en el fallo aquí examinado la Corte Suprema no haya sido enteramente consistente con sus dos importantes pronunciamientos previos, en los cuales, por buenas razones, no se registra referencia alguna a lo dispuesto en el Art. 8° del Código Civil para los efectos de afirmar o negar la eficacia eximente de un error de prohibición. Pues de acuerdo con lo ya sugerido, dicha disposición es enteramente pertinente para resolver el problema que aquí interesa. Pues en la medida en que, de conformidad con los Arts. 1° y 2° del Código Penal, el desconocimiento de la antijuridicidad del hecho puede conllevar la falta de “voluntariedad” o bien aun la inexistencia de “malicia” —según cómo sean interpretadas dichas disposiciones—, y en la medida en que una falta de representación de la existencia de una norma puede implicar semejante desconocimiento de la antijuridicidad, no hay razón alguna para dudar que las reglas expresadas en aquellos artículos

⁶¹ Véase *supra*, 1.3.2.

restringen el ámbito de aplicabilidad de la regla del Art. 8° del Código Civil. Tratándose de reglas pertenecientes a un mismo rango de jerarquía normativa, no puede más que valer la máxima: *lex specialis derogat lege generali*.

A favor de lo anterior existe un ulterior antecedente de la mayor importancia, que es oportuno mencionar en este punto. Se trata de la regla del inc. 2° del Art. 38 de la Ley 20.357, de 18 de julio de 2009, “que tipifica los crímenes de lesa humanidad y genocidio y los crímenes y delitos de guerra”, cuya promulgación y entrada en vigencia se tradujo en que se incorporase al derecho doméstico buena parte del derecho aplicable por la Corte Penal Internacional, una vez que el Estado de Chile hubo ratificado el Estatuto de Roma. En lo que aquí interesa, la disposición establece que “[n]o se podrá alegar la concurrencia del error sobre la ilicitud de la orden de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad”, lo cual responde a la idea según la cual tales crímenes internacionales constituirían la instancia paradigmática de *mala in se*⁶². Lo fundamental está, sin embargo, en que por esa vía la disposición hace posible concluir, a *contrario sensu*, que por defecto siempre será posible invocar un error sobre la ilicitud del hecho de cuya imputación se trate, lo cual no hace sino reforzar la hipótesis según la cual el legislador chileno ya reconoce la eficacia eximente del error prohibición.

3.4. La significación del contexto socio-cultural

Según ya se ha sostenido, es necesario reconocer la existencia de un error de prohibición, con independencia todavía de si éste ha de calificarse como venible o invencible, siempre que el sujeto no reconoce la concreta antijuridicidad de su actuar en atención a las circunstancias del hecho que son determinantes para su contrariedad a derecho. En el ámbito que aquí interesa, y en especial en relación con la ilicitud específica de las formas de comportamiento constitutivas de menoscabos típicos de la indemnidad o intangibilidad sexual de personas menores de 14 de años, resulta imprescindible atender a una variable que casi siempre resulta invocada, más allá de cuán precisamente se la identifique, cuando se plantea la alegación de un error de prohibición a este respecto, a saber: un cierto contexto socio-cultural definido por un más o menos amplio margen de tolerancia de la interacción sexual con menores que se encuentran ya en el umbral mínimo de la pubertad.

Ello ciertamente se vincula con, pero no es idéntico a, la progresiva baja de la edad de iniciación sexual que sería reconocible en Chile dentro del lapso de

⁶² Al respecto Mañalich, Juan Pablo: *Terror, pena y amnistía. El derecho penal ante el terrorismo de Estado*, Flandes Indiano, Santiago, 2010, pp. 15 ss. Para esta noción de delitos constitutivos de *mala in se*, véase *infra*, 3.5.

las últimas décadas⁶³. Lo que aquí interesa no es directamente este último fenómeno, sino más bien la circunstancia de que, según lo sugieren las estadísticas oficialmente validadas a este respecto, la creciente prevalencia de la anticipación de la edad de iniciación sexual vaya asociada, en el caso de las menores de sexo femenino, a la existencia de una diferencia de edad de 4 ó 5 años con la persona que constituye la respectiva primera pareja sexual⁶⁴. Y la importancia de esto es que si bien la regulación legal vigente concede relevancia —a través de la regla de la así llamada “excepción de Romeo y Julieta” (Art. 4º de la Ley 20.084)— al margen de diferencia de edad entre autor y víctima tratándose de hechos constitutivos de violación, abuso sexual o involucramiento en una interacción de significación sexual cometidos en contra de una persona menor de 14 años, la “realidad social” muestra un importante grado de discontinuidad respecto de dicha regulación legal.

Lo anterior, desde ya porque los términos del Art. 4º de la Ley 20.084 resultan incompatibles con la idea de que, en la medida en que la diferencia de edad entre quienes tiene lugar el contacto sexual en cuestión no sobrepase cierto umbral, el hecho dejaría de ser propiamente delictivo, en el sentido de que esa circunstancia operase, por ejemplo, excluyendo el injusto —esto es, la tipicidad o la antijuridicidad— del hecho⁶⁵; y tampoco es plausible una lectura de la disposición según la cual ésta establecería una excusa legal absolutoria, esto es, un obstáculo jurídico-penalmente sustantivo a la punibilidad del hecho en sentido estricto⁶⁶. Antes bien, la terminología empleada por el legislador inequívocamente favorece la tesis de que se trataría aquí simplemente de un obstáculo procesal a la persecución, esto es, de un impedimento procesal para el ejercicio de la acción penal⁶⁷. Pero más allá de esto, es fundamental reparar en que el margen de edad que hace aplicable el obstáculo a la persecución

⁶³ Sobre el fenómeno y su significación para la evaluación del modelo regulativo hecho suyo por el derecho penal chileno, véase Couso, Jaime: “La sexualidad de los menores de edad ante el derecho penal”, en Alegre *et al*, *Derecho y Sexualidades. SELA 2009*, Librería, Buenos Aires, 2010, pp. 233 ss., 240 ss.

⁶⁴ *Ibid*, p. 240.

⁶⁵ Tampoco es viable una interpretación en el sentido de una exclusión de la culpabilidad del autor, que pudiera descansar en un juicio de falta de exigibilidad de una motivación conforme a la norma prohibitiva. Pues es claro que la sola diferencia de edad, en abstracto, difícilmente podría fundamentar tal juicio de exclusión de la imputación.

⁶⁶ Así sin embargo, Carrasco, Edison: “Los delitos sexuales como objeto de regulación de la Ley de responsabilidad penal adolescente (el artículo 4º y sus problemas)”, *Revista Procesal Penal* 70 (2008), pp. 9 ss., quien por lo demás favorece la calificación de las reglas que confieren excusas legales absolutorias como normas permisivas, lo cual es estrictamente incompatible, sin embargo, con su función de obstáculo a la punibilidad en sentido estricto.

⁶⁷ En este sentido, por ejemplo, Garrido, Mario: *Derecho Penal Parte Especial*, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007, t. III, p. 432.

dista de ser coincidente con el resultado que arrojan los estudios estadísticos. Pues tratándose de instancias de contacto sexual consistentes en un acceso carnal en el sentido del Art. 362, el Art. 4° de la Ley 20.084 deja intacta la posibilidad de persecución del hecho si la diferencia de edad existente supera ya los dos años.

En términos de descripción sociológica, lo anterior admite reformularse como el diagnóstico de una situación de anomia, definida ésta como la quiebra de la estructura cultural, que tiene lugar en particular cuando hay una disyunción aguda entre las normas y los objetivos culturales y las capacidades socialmente estructuradas de los individuos del grupo para obrar de acuerdo con aquéllos⁶⁸.

Y lo que aquí interesa es la circunstancia de que la correspondiente “presión anómica” pueda encontrarse asimétricamente distribuida entre diversos sectores de un determinado grupo social, en la medida en que en el marco de los mismos pueda ser reconocible un determinado patrón sub-cultural, favorable a una evaluación normativamente discrepante de aquella que hace suyo el ordenamiento jurídico que reclama validez general para el grupo social en su conjunto.

Una aplicación de lo anterior aparece en una importante sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, de fecha 18 de julio de 2006, RIT 91-2006, por la cual se absolviera a un varón a quien se imputaba un hecho constitutivo de violación de una persona menor de 14 años. En particular, se trataba del contacto sexual mantenido por un hombre de 20 años y una fémina de 13 años, vinculados por una relación sentimental. Para fundamentar su decisión, el Tribunal sostuvo que había que reconocer el carácter invencible o insuperable del error de prohibición bajo el cual habría actuado el imputado en atención, entre otros factores, a su escasa instrucción escolar hasta 8° año básico, su desempeño laboral como obrero de la construcción ajeno por tanto a todo conocimiento que no sea el usual, común o popular, como es que existe violación cuando el acceso carnal no es consentido sino con fuerza o violencia, alejado de la edad del sujeto pasivo que para él no representaba un inconveniente, porque era su polola de 13 años de edad con la que acordó tal relación (c. 8°, 4).

Lo importante de este pasaje está en la referencia a lo propio del saber “común o popular”, según el cual la noción misma de violación aparecería siempre asociada a la existencia de un ejercicio de coacción (y más aún: de coacción física) grave. Pues es justamente esto lo que se expresa en la jerga usual, con arreglo a la cual el delito tipificado en el Art. 362 del Código Penal se correspondería con

⁶⁸ Merton, Robert: *Teoría y estructuras sociales*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002, p. 241.

una forma de “violación impropia”⁶⁹. Y es sumamente ilustrativo el antecedente que el propio Tribunal invocó a continuación para reforzar el punto de la “falta de obviedad” de la prohibición para el imputado, en atención a sus circunstancias personales y sociales:

Corrobora lo anterior lo manifestado en juicio por la funcionario de Carabineros Ortiz Cabrera, en cuanto al conocerse la actividad sexual de la menor y regresar con ella del Hospital, el Fiscal con el que tomó contacto poniéndolo en antecedentes de lo acontecido y de la edad de la menor le manifestó que ‘pasara el caso’ como estupro y dejara únicamente citado al acusado, al tiempo que ella consideraba que podía tratarse de un abuso sexual y así se lo manifestó a dicho Fiscal, lo que demuestra o es indiciario de que aún [sic] operadores del sistema de justicia criminal con conocimientos técnicos o profesionales sobre la materia no fueron capaces de determinar en esos momentos con certeza la connotación jurídica y alcance dentro de un tipo penal del hecho acontecido, por lo cual mal puede exigirse al ciudadano común tal comprensión, [...] considerando, como ya se dijo, sus características personales, su nivel socio cultural y el vínculo sentimental que lo unía con la menor (c. 8º, 4).

En lo anterior no deja de ser reconocible un paralelismo con los criterios invocados por la Corte Suprema, en su muy importante pronunciamiento del año 1999, para afirmar la eficacia eximente de un error de prohibición directo⁷⁰. *Mutatis mutandis*, en uno y otro fallo se apela tanto al déficit de reconocimiento generalizado de la norma respectiva en un determinado contexto socio-cultural como a la falta de dominio sobre su alcance preciso y ámbito de aplicabilidad por parte de funcionarios estatales distintivamente competentes por la aplicación del derecho.

Esto hace posible advertir que la plausibilidad de la alegación de un error de prohibición directo, y ya prescindiendo aún de su calificación como vencible o invencible, está sometida a ciertos constreñimientos de verosimilitud, en el sentido de que, por ejemplo, sería prácticamente inimaginable una situación en que alguien pudiese seriamente afirmar que desconocía la ilicitud de su acción de disparar letalmente sobre otro (sin que concurrieran circunstancias que pudieran sugerir la aplicabilidad de una norma permisiva que, al modo de una causa de justificación, pudiera desplazar la prohibición de matar como razón para abstenerse de efectuar tal disparo). Y puede ser adecuado, en un sentido preciso, sostener que el reconocimiento de la eficacia eximente de un

⁶⁹ Véase Labatut, Gustavo: *Derecho Penal*, 7ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, t. II, pp. 137 ss.; Garrido, Mario: *Derecho Penal Parte Especial*, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007, t. III, pp. 272, 348 s.; Rodríguez Collao, Luis: *Delitos Sexuales*, 1ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 136 s., nota 3.

⁷⁰ Véase *supra*, 1.3.3.

error de prohibición siempre sería “excepcional”, dependiendo de “la acreditación de circunstancias extraordinarias”, tal como se lee en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, de 2 de marzo de 2007, rol N° 21- 07, que desestimara la alegación de un error de prohibición por parte de la defensa del condenado. Pero lo que no puede dejar de advertirse, al mismo tiempo, es que cada vez que se llegue a la conclusión de que “efectivamente no comprendía la ilicitud de su conducta”, para usar las palabras de la propia Corte de Chillán, habrá que reconocer la existencia de un error de prohibición. Y sólo entonces ha de plantearse la pregunta ulterior acerca del carácter vencible o invencible del mismo, para determinar sus respectivas consecuencias para la punibilidad y/o penalidad del hecho, según cuál sea la interpretación de los Arts. 1° y 2° del Código Penal que se favorezca.

3.5. La determinación del carácter vencible o invencible del error de prohibición directo

En la jurisprudencia de los últimos años es reconocible una tendencia a reducir la discusión acerca de la eventual existencia de un error de prohibición a la cuestión de si el mismo podría ser caracterizado como invencible o insuperable, en el entendido de que sólo así cabría dar lugar a una exención de responsabilidad por falta de culpabilidad⁷¹. Esto es enteramente consistente con que, a partir del fallo de la Corte Suprema del año 1998⁷², el reconocimiento jurisprudencial de la eficacia eximente del error de prohibición haya ido asociado a la recepción de la teoría de la culpabilidad como clave interpretativa de los Arts. 1° y 2° del Código Penal. Pues dicha teoría pretende reducir la exigencia de conocimiento de la antijuridicidad, en tanto presupuesto específico del juicio de culpabilidad por el hecho, al así llamado “conocimiento potencial” de la antijuridicidad, el cual sólo se ve comprometido en la medida en que el respectivo error de prohibición sea invencible o insuperable para el sujeto.

Más arriba ya se han ofrecido razones para resistir dicha consideración, en atención al eufemismo implicado en la noción de un conocimiento *potencial* de la antijuridicidad⁷³, pero sobre todo en atención a las razones de orden sistemático relativas a la vinculación de los conceptos de dolo y malicia que se expresa

⁷¹ Esta tendencia se deja advertir, en lo concerniente a pronunciamientos directamente referidos al ámbito delictivo que aquí interesa, en la sentencia de 12 de enero de 2007, rol N° 2476-06, de la Corte de Apelaciones de Santiago (c. 10°), así como en la sentencia de 2 de marzo de 2007, rol N° 21-07, de la Corte de Apelaciones de Chillán (c. 3° y 4°). En igual sentido, aunque en relación con un hecho constitutivo de administración de lotería no autorizada, se pronuncia la sentencia de 21 de diciembre de 2009, rol 285-09, de la Corte de Apelaciones de Arica (c. 6°).

⁷² Al respecto *supra*, 1.3.2.

⁷³ Especialmente crítico en cuanto a la reducción objetivista de la exigencia del reconocimiento del injusto del hecho bajo la fórmula de la “consciencia potencial”, Köhler, Michael: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín, 1997, pp. 411 s.

en el Art. 2º del Código Penal. De aceptarse la propuesta aquí defendida, es manifiesta la necesidad de no reducir el problema de la consciencia de la antijuridicidad a si cabe reconocer un error de prohibición invencible, dado que, bajo esta concepción, un error de prohibición vencible —determinado según las pautas estrictas ya enunciadas— de todas formas tendería que tener consecuencias determinantes tanto para la punibilidad como para la penalidad del hecho, en tanto el régimen aplicable será, en tal evento, el propio del correspondiente delito imprudente.

Pero lo que aquí interesa es la advertencia de que incluso de no acogerse la propuesta ya mencionada, de manera del tal de favorecerse, en cambio, la adopción de la formulación tradicional de la teoría de la culpabilidad, de todas formas ha de evitarse la reducción de la pregunta a la de si concurre un error de prohibición invencible. Pues también la versión más tradicional de la teoría de la culpabilidad reconoce relevancia, si bien no eximente, a la existencia de un error de prohibición vencible, a saber: al modo de una circunstancia atenuante, que bajo el derecho chileno tendría que ser analógicamente construida⁷⁴.

Lo anterior sugiere que es en todo caso imprescindible determinar el carácter vencible o invencible de un posible error de prohibición, para así determinar cuáles puedan ser sus específicas consecuencias jurídicas. Y en la jurisprudencia de la última década es posible encontrar algunos importantes pronunciamientos relativos a los criterios de los cuales tendría que depender dicha determinación.

Aquí puede ser oportuno tener en cuenta lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de 12 de enero de 2007, rol N° 2476-06, que rechazara la alegación de un error de prohibición (directo) invencible por parte de quien en definitiva fuese condenado como autor de un hecho constitutivo de violación de menor de 14 años (Art. 362 del Código Penal). En lo aquí relevante, la Corte enunció los siguientes parámetros como criterios para el reconocimiento del carácter vencible de un posible error de prohibición: las características personales del imputado, sus "posibilidades de integración en la sociedad", sus condiciones culturales, su sexo, su edad, su grado de instrucción o educación, su fortaleza física, así como, finalmente, sus rasgos de personalidad (c. 12º). Si bien la Corte de Santiago terminó rechazando la alegación de un error de prohibición, precisamente en atención a la falta de satisfacción de los criterios recién enunciados, es notable constatar que exactamente los mismos criterios aparecen validados por la sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, de 27 de octubre de 2009, rol N° 73-09, que confirmara la sentencia absolutoria pronunciada en contra

⁷⁴ Al respecto *infra*, 3.6.

de una persona a quien se imputara un hecho de las mismas características, esto es, tipificado en el Art. 362 del Código Penal (c. 11°).

Lo anterior sugiere que puede ser especialmente importante examinar el mérito de tales criterios. Y al respecto, lo primero que se impone es la consideración de que, en todo caso, su función no puede ser más que indiciaria. Esto, porque se trata de criterios que se refieren en general al estatus y la constitución de la persona del imputado, sin que alguno de ellos se conecte directamente con la específica situación en la cual el sujeto pudo realizar la descripción típica sin advertir la ilicitud de su comportamiento. En tal sentido, ninguno de ellos alcanza a tener peso por sí mismo para la determinación del carácter vencible o invencible del eventual error de prohibición. Su valor indiciario no supera en lo absoluto, por ende, al que cabría atribuir al antecedente esgrimido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en su sentencia de 7 de diciembre de 2007, rol N° 1277-07, consistente en que el imputado hubiese “permanecido en prisión por un largo periodo”, lo cual haría altamente improbable que no haya podido “representarse que su accionar al tener relaciones sexuales con una menor de 14 años [constituiría] delito” (c. 5°).

Pero también tendría que resultar claro que existe una importante asimetría entre los criterios invocados por la jurisprudencia aquí considerada. El sexo y la fortaleza física de la persona del imputado, por ejemplo, en principio tendrían que resultar enteramente irrelevantes frente a la pregunta que aquí interesa. En cambio, hay otros criterios entre los ya mencionados cuya significación y pertinencia resulta mucho más fácil de advertir, justamente por ser susceptibles de vinculación directa con la variable que más arriba fuese etiquetada como “contexto socio-cultural”. Aquí destacan los criterios relativos a la edad, el grado de educación o instrucción y las características personales de la persona en cuestión, como también los tocantes a sus condiciones culturales y sus posibilidades de integración en la sociedad.

El problema, sin embargo, es que la jurisprudencia aquí considerada no alcanza a hacer explícito dónde tendría que radicar la relevancia de tales criterios indiciarios. Ello pasa por notar que la determinación del carácter vencible o invencible de un error de prohibición sólo puede tener lugar en atención a las capacidades individuales de aquella persona de quien se esperaba una motivación conforme a derecho para así evitar la realización del tipo delictivo. Y entonces resulta enteramente comprensible que en la doctrina comparada se plantee la conveniencia o aun la necesidad de recurrir, en pos del establecimiento del carácter vencible o invencible del error de prohibición, a los mismos criterios a los cuales se recurre para determinar el carácter vencible o invencible de un error de tipo, a saber: a los criterios que hacen posible reconocer la infracción de una exigencia de cuidado relativa a la identificación de la posible

ilicitud de la forma de comportamiento de cuya realización se trata⁷⁵. Y lo que el principio de culpabilidad impone, a este respecto, es que la infracción de la exigencia en cuestión —exigencia cuya determinación es objetiva, aun cuando relativa a la concreta situación del hecho— sea establecida en atención a las capacidades individuales del sujeto en cuestión, en virtud de cuyo ejercicio éste habría podido inferir la antijuridicidad de su actuar a partir de su representación de las circunstancias del hecho.⁷⁶ Pues de lo contrario, la idea de que la atribución de culpabilidad por el hecho puede fundamentar un reproche *personal* dirigido en contra del autor tendría que resultar enteramente incomprensible.

Lo anterior hace posible indagar algo más pormenorizadamente en algunos de los criterios manejados por la jurisprudencia nacional. En relación con aquellos que sí pueden reclamar relevancia —como lo son los relativos a las posibilidades de integración social, las condiciones culturales, la edad, el grado de instrucción y los rasgos de personalidad—, es esencial destacar que su consideración ha de evitar una posible “patologización” de la posición del imputado⁷⁷. Pues esos criterios tienen relevancia, exclusivamente, para determinar las capacidades individuales del sujeto en atención a las cuales cabría haber esperado de él, eventualmente, el reconocimiento de la antijuridicidad de su actuar. Esto se muestra de modo suficientemente claro en la sentencia de casación de la Corte Suprema de fecha 27 de octubre de 2005, rol N° 1739-03, que para calificar como vencible el error atribuido al imputado tuvo en cuenta que el encausado [...] pudo, si se hubiera esforzado más por hacerlo, superarlo. Dada su condición socio económica, así como su educación, que incluso incluye unos estudios incompletos de Derecho, él estaba en situación de percibir, siquiera fuese imprecisamente, el carácter anómalo de su comportamiento y, cuando menos, ello debió inducirlo a consultar la situación con quienes estuvieran capacitados para darle una asistencia profesional competente (c. 13^o)⁷⁸.

Lo anterior da cuenta de que es imprescindible atender a las capacidades individuales del eventual autor para establecer si cabía esperar de él, y en qué

⁷⁵ Véase *supra*, nota 31.

⁷⁶ Al respecto, por todos, Kindhäuser, Urs: *StGB Lehr- und Praxiskommentar*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2010, § 17, n.m. 15 s.

⁷⁷ Con especial referencia al problema de la culpabilidad por el hecho en casos de conflicto intercultural entre normas, véase Köhler, Michael: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín, 1997, pp. 433 ss., 436 s.

⁷⁸ Esto muestra que el error en cuestión no podía constituir un error acerca de los presupuestos fácticos de la causa de justificación del Art. 10 N° 10, sino sólo uno referido al alcance de esta misma norma. Véase *supra*, nota 13. Ello, porque haber sido estudiante de derecho no conlleva una posición de privilegio epistémico acerca de las circunstancias fácticas en que tiene lugar un comportamiento, sino a lo sumo en cuanto al posible reconocimiento del estatus normativo de un determinado comportamiento.

medida, la representación de la ilicitud de su comportamiento. Y ciertamente, ello pude perfectamente dar a lugar a la calificación del error en cuestión como invencible. Una aplicación especialmente clara de este último punto de vista se encuentra en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, ya mencionada, la cual sostuvo que cabía concluir, en base a las características personales del imputado [...], las posibilidades de integración en la sociedad que le han sido dadas, sus condiciones culturales, el sexo, la edad, el grado de instrucción o educación, incluso su experiencia, escasa para su edad, su fortaleza física y sus rasgos de personalidad, todos los cuales se contraponen a un sujeto que de su misma edad normalmente ha rendido la prueba de aptitud académica, o al menos ha completado sus estudios medios, ha vivido en centros urbanos que le permiten acceso a todos los medios de comunicación social y cultural, circunstancias estas últimas ajenas al imputado [...], que en el caso de autos y conforme a la carpeta investigativa, se encuentra probado que el imputado efectivamente ignoraba la norma penal en cuestión y que, además, tal ignorancia le fue invencible (c. 12°).

Y es sumamente relevante que la Corte haya agregado, dentro del mismo considerando y para reforzar su afirmación de que el imputado no habría juzgado el mantenimiento de una relación carnal con la menor como un hecho incorrecto, una referencia a la circunstancia de que “entre la víctima y el imputado sólo existen cuatro años de diferencia”, así como a que “cuando aquella tenía doce años pesaba 69 kilos, lo que revela que se trataba de una niña con un gran desarrollo físico” (c. 12°). Esto ciertamente no pretende sugerir, de parte de la Corte, que el imputado hubiese desconocido la edad de la víctima al momento del hecho, pues de ser así ello tendría que haber dado pie, más bien, para el reconocimiento de un error (de tipo) excluyente del dolo, lo cual habría bastado por sí mismo para una decisión absolutoria, a consecuencia de la falta de punibilidad del correspondiente delito imprudente. Antes bien, de lo que se trata es de la relevancia de la madurez física de la menor como un antecedente para descartar una expectativa de reconocimiento de la ilicitud del acceso carnal practicado con ella desde el punto de vista de una persona carente, por lo demás, de cualquier otro indicio que pudiese llevarle a inferir la existencia de una prohibición de tal contacto sexual.

Y esto último se condice manifiestamente con la consideración material, ya planteada⁷⁹, que tendría que resultar determinante a este respecto: en la medida en que ni siquiera la constitución física de la víctima sugiera algo que pudiese servir de razón sustantiva para la abstención de tomar parte en un contacto sexual experimentado como recíprocamente consensuado por parte de quienes mantienen una relación de pareja, resulta ya inverosímil la hipótesis de que

⁷⁹ Véase *supra*, 3.2.

el destinatario de la prohibición pudiera incluso hacer suya la perspectiva bajo la cual el legislador define a la otra persona involucrada como sexualmente intangible. En otros términos: lo que resulta problemático aquí es ya la expectativa de que el destinatario de la prohibición pudiera llegar a comprender el fundamento de protección que la norma de prohibición reclama para sí.

Ello se conecta directamente con la configuración específica de la indemnidad o intangibilidad sexual de las personas menores de 14 años como bien jurídico protegido en paralelo a la libertad sexual de quienes ya han alcanzado dicha edad. A este respecto, es particularmente interesante poner la atención en una consideración esgrimida por la Corte Suprema en el emblemático fallo a través del cual ella reconoció, por primera vez y en el año 1999, la eficacia eximente de un error de prohibición directo. Aquí se trataba, según ya se indicara, de un hecho presuntamente constitutivo del delito de negociaciones incompatibles, tipificado en el Art. 240 del Código Penal. En este marco, y explicando por qué el reconocimiento de la exclusión de la culpabilidad como consecuencia de un error de prohibición invencible no debería hacer surgir una preocupación por un riesgo de merma de certeza jurídica, la Corte sostuvo que el peligro expresado es reducidísimo, si se tiene en cuenta que el derecho penal es de "ultima ratio" y está reservado, por lo general, sólo para sancionar conductas que atentan muy gravemente contra la paz social. Por tal motivo, la posibilidad de conocer la ilicitud de tales comportamientos es generalizada y sólo faltará en muy pocos casos, si es que en alguno. Difícilmente puede imaginarse que alguien carezca de la posibilidad de conocer el injusto de un homicidio, un robo de cualquier clase, una violación, unos abusos deshonestos, una malversación de caudales, una estafa, unas injurias, un testimonio falso, una falsedad documental, etc., etc. (c. 12º, b).

Lo que la Corte parecería sugerir, de esta manera, es una apelación a la distinción tradicional entre delitos constitutivos de *mala in se* y delitos constitutivos de *mala prohibita*. Tradicionalmente, esta distinción se entendía en términos de la contraposición entre hechos cuya significación delictiva no sería dependiente de regulación jurídica alguna, por un lado, y hechos cuya significación delictiva sí sería dependiente de una determinada regulación jurídica positiva, por otro. En tales términos, por cierto, la distinción es inservible, en la medida en que, desde el punto de vista del derecho, no es posible sino estar de acuerdo con Kelsen: "[n]o hay *mala in se*, sino sólo *mala prohibita*"⁸⁰. Pero esto no obsta a que sea posible invocar la distinción en otro sentido, esto es, en relación no con la cuestión del origen (objetivo) de la norma de cuya contravención se trata, sino más bien con la cuestión de la posibilidad de reconocimiento (subjetivo) de la exigencia de comportamiento que esa norma fundamenta para su destinatario.

⁸⁰ Kelsen, Hans: *Teoría pura del derecho*, 12ª ed., Porrúa, México, 2002, p. 126.

Ahora bien, la sugerencia de la Corte parece ser que, tratándose de alguno de los hechos del catálogo que ella misma enunciara a modo ejemplo, tendría que asumirse como prácticamente descartada la posibilidad de que una persona pudiera alegar, seriamente, el desconocimiento de la norma de comportamiento correspondiente; tales hechos serían constitutivos, cabría decir entonces, de instancias de *mala in se*. Y es decisivo reparar en que una de las formas de comportamiento delictivo mencionadas por la Corte es precisamente la de la violación. Pero aquí es necesario recordar que, en los términos ya expuestos, la expresión “violación” designa dos formas de comportamiento delictivo tipificadas por el legislador, entre las cuales ni siquiera existe correspondencia en cuanto al bien jurídico respectivamente protegido. Y si bien es razonable pensar que en relación con un hecho constitutivo de violación en el sentido del Art. 361 del Código Penal pudiera ser altamente improbable que se den condiciones que ameriten una exoneración en virtud de una falta de reconocimiento de su antijuridicidad, ello no alcanza a prejuzgar que lo mismo tuviera que predicarse de un hecho constitutivo de violación en el sentido del Art. 362, sobre todo en atención a las circunstancias particulares del presunto autor que pudieran seriamente poner en cuestión, del modo en que ello ya se sostenido, la posibilidad de que él reconociera la específica ilicitud de su comportamiento.

Y en contra de lo anterior ciertamente no cabría esgrimir que la mayor severidad del marco penal previsto por el Art. 362 (= presidio mayor en cualquiera de sus grados) frente a aquel previsto por el Art. 361 (= presidio mayor en sus grados mínimo a medio) contaría como señal inequívoca de que el ciudadano tendría que poder reconocer aun con mayor facilidad el contenido de injusto de un hecho que realizara el tipo delictivo del primero de los artículos mencionados. Más bien, lo que habría que advertir es que una disposición judicial negativa al reconocimiento de la posible eficacia eximente de un error de prohibición directo en este ámbito podría servir al ocultamiento de un déficit de socialización del destinatario de la norma, déficit que precisamente podría verse reflejado en una eventual representación irreflexiva de la supuesta conformidad a derecho de su actuar sobre la base de la vigencia de estándares de comportamiento culturalmente apartados de los estándares legislativamente validados.⁸¹

3.6. El régimen jurídico aplicable

Para finalizar, puede ser oportuno enunciar, a modo de síntesis, cuáles es el régimen aplicable a situaciones de error de prohibición directo en relación con un hecho que satisface la correspondiente descripción típica en el ámbito delictivo que aquí interesa. Y aquí es necesario observar que este ámbito no está reducido al catálogo de delitos cuya lesividad puede ser identificada con el menoscabo de la indemnidad o intangibilidad sexual de personas menores de

⁸¹ Así Köhler, Michael: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín, 1997, p. 411.

14 años. Más bien, y por razones vinculadas a la estructura sistemática de la regulación, se trata de la determinación del régimen de punibilidad y penalidad aplicable a consecuencia de un error de prohibición en relación, por de pronto, con cualquiera de las modalidades de comportamiento tipificadas bajo el Título VII del Libro II del Código Penal.

La relevancia de esta última consideración radica en que, a diferencia de lo que ocurre tratándose de las formas de comportamiento delictivo tipificadas bajo el Título VIII del mismo Libro II, que quedan sometidas —de faltar la *malicia*— al régimen aplicable para los cuasidelitos de conformidad con las reglas del Título X (Arts. 490 y siguientes), para el ámbito delictivo correspondiente al Título VII del Libro II se mantiene el principio general de clausura de la punibilidad de los delitos imprudentes, de conformidad con lo establecido en los Arts. 4º y 10 Nº 13. Lo cual es determinante para el establecimiento de las consecuencias que habrían de ser asociadas a la existencia de un error de prohibición vencible. Pues si sigue la lectura de los Arts. 1º y 2º favorecida tradicionalmente por los partidarios de la teoría del dolo, en tal caso habrá que negar la punibilidad del hecho, en la medida en que —en los términos de la teoría del dolo— el título de imputación que viene en consideración en caso de faltar el conocimiento de la antijuridicidad en virtud de un error vencible sería, en todo caso, el de la imprudencia (o culpa), con lo cual el hecho constituiría un delito imprudente (o culposo), esto es, un cuasidelito, cuya punibilidad, empero, se encuentra excluida por definición legislativa. Y a la misma conclusión habría que llegar de favorecerse la lectura de la regulación propuesta más arriba⁸², la cual, si bien acepta la diferenciación conceptual entre dolo y malicia, entiende que en caso de haber dolo mas no malicia, esto es, precisamente en caso de un error de prohibición vencible, el régimen de punibilidad y penalidad previsto por el legislador será aquel aplicable al correspondiente delito imprudente.

La situación ciertamente cambia si se favorece, en el sentido de la línea jurisprudencial inaugurada con el fallo de la Corte Suprema del año 1998, la lectura de la regulación que se sigue de la adopción de la teoría de la culpabilidad bajo su formulación más tradicional. Pues entonces el régimen aplicable en caso de error de prohibición vencible será el correspondiente al respectivo delito doloso, aunque con el reconocimiento de una circunstancia atenuante, que tendría que ser construida analógicamente en relación con el Art. 11 Nº 1 del Código Penal⁸³, o bien con referencia al Art. 73, según cómo se interprete esta

⁸² Véase *supra*, 2.3.

⁸³ Así, y en relación con el Art. 11 Nº 1 del Código Penal, Politoff, Sergio: *Derecho Penal*, Conosur, Santiago, 1997, pp. 622 ss., 625. Véase también Cury, Enrique: *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 448; Garrido, Mario: *Derecho Penal Parte General*, 4ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, t. II, pp. 308 s.

última disposición⁸⁴. Y esto, más allá de que el reconocimiento de la atenuante en cuestión haya de ser obligatorio o facultativo para el tribunal competente.⁸⁵ Pues en cualquier caso seguirá siendo imprescindible determinar el carácter vencible del eventual error de prohibición para que resulte así procedente, obligatoria o facultativamente, la atenuante correspondiente. No puede dejar de observarse, empero, que en la medida en que se reconozca una base para la construcción analógica de la atenuante en cuestión, no resulta verosímil atribuirle, al mismo tiempo, un carácter puramente facultativo, dada la estructura propia de un argumento analógico: si la situación es efectivamente análoga a la de la atenuante del Art. 11 N° 1, por tratarse también de una “eximente incompleta”, y si en este último caso se configura (“obligatoriamente”) la circunstancia atenuante, entonces la misma consideración habría de regir tratándose de un error de prohibición vencible.

Es fundamental, empero, advertir que esta disparidad de soluciones deja de existir si el correspondiente error de prohibición es calificado como invencible o insuperable. Pues en este caso, todas las claves de lectura de la regulación alcanzan arriban a la misma consecuencia, a saber: la plena exclusión de responsabilidad, ya sea por la inexistencia de dolo en tanto *dolus malus*, si se favorece la formulación tradicional de la teoría del dolo, ya sea por la completa exclusión de la culpabilidad por faltar aun la consciencia potencial de la antijuridicidad —esto es, la posibilidad exigible de conocimiento de la antijuridicidad del hecho—, si se favorece alguna formulación de la teoría de la culpabilidad. Y este resultado sólo se ve confirmado por el cada vez más importante y consistente reconocimiento jurisprudencial de la eficacia eximente del error de prohibición, al menos cuando éste no resultaba vencible para el imputado. Y esto debería asumirse una obviedad cuando se toma consciencia de que en tal caso, precisamente, desaparece toda base posible para un reproche de culpabilidad por un déficit de fidelidad al derecho.

4. Conclusiones

4.1. La tradicional distinción entre error de tipo y error de prohibición puede ser entendida como la distinción entre un error relativo a las circunstancias del hecho y un error relativo a la significación jurídicamente delictiva del hecho, respectivamente.

⁸⁴ Para la sugerencia de la eventual aplicabilidad de la regla del Art. 73 del Código Penal, véase van Weezel, Alex: *Error y mero desconocimiento en derecho penal*, Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 57 s.

⁸⁵ A favor del carácter facultativo del reconocimiento de la atenuante se pronunció la Corte Suprema en su sentencia de casación de fecha 27 de octubre de 2005, rol N° 1739-03 (c. 10°).

- 4.2. El reconocimiento de la eficacia eximente del error de prohibición invencible en la jurisprudencia chilena, si bien tardío, ya es inequívoco. Su fundamento está constituido por el principio de culpabilidad. Dicho reconocimiento ha alcanzado tanto el error de prohibición indirecto, esto es, aquel consistente en el desconocimiento de la antijuridicidad del hecho en atención a alguna regla permisiva que pudiese operar como causa de justificación, como el error de prohibición directo, esto es, aquel consistente en el desconocimiento de la antijuridicidad del hecho en atención a la norma (prohibitiva o imperativa) cuyo quebrantamiento fundamenta la ilicitud del hecho.
- 4.3. Para dar apoyo a la solución, jurisprudencialmente ya impuesta, de la eficacia eximente del error de prohibición, se conocen, en lo nuclear, dos posibilidades de interpretación de los Arts. 1º y 2º del Código Penal. Lo que diferencia a cada una de estas propuestas de interpretación, que en lo fundamental reproducen la disputa doctrinaria entre la así llamada “teoría del dolo” y la así llamada “teoría de la culpabilidad”, es la definición más precisa de lo que ha de entenderse por “voluntariedad”, “malicia” y “dolo” en el contexto de dichas disposiciones. Puesto que una y otra propuesta hacen posible reconocer, sin más, la eficacia eximente del error de prohibición invencible, las consecuencias prácticas de optar por una u otra conciernen más bien el estatus del error de prohibición vencible: de conformidad con la teoría del dolo, en este caso sólo subsistiría la posibilidad de un reproche de culpabilidad a título de culpa o imprudencia, siempre que la Ley prevea la punibilidad del correspondiente delito imprudente o cuasidelito; de conformidad con la teoría de la culpabilidad, en cambio, un error de prohibición vencible dejaría intacta la posibilidad de un reproche por un hecho doloso, pudiendo o debiendo reconocerse, en su caso, una atenuación de responsabilidad a su autor.
- 4.4. Frente a ambas posibilidades interpretativas, cabe defender una tercera propuesta, cuyo fundamento último se encuentra en la conexión funcional existente entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad, en el sentido de que, si bien una y otra categoría pueden ser nítidamente diferenciadas entre sí, la función del dolo, en tanto criterio de imputación subjetiva en el nivel del injusto, consiste precisamente en posibilitar la conciencia de la antijuridicidad del hecho en el nivel de la culpabilidad. Esto hace posible redefinir la relación en que se encuentran los términos “dolo” y “malicia”, tal como los emplea el legislador. La consecuencia que se sigue de esta interpretación coincide con el resultado al que tradicionalmente lleva la teoría del dolo tratándose de un error de prohibición vencible: en tal caso, el hecho ha de quedar sometido al régimen de punibilidad y penalidad del correspondiente delito imprudente.
- 4.5. Con prescindencia de cuál sea la interpretación de los Arts. 1º y 2º que se favorezca, el hallazgo de la conexión funcional entre el dolo y la conciencia

de la antijuridicidad provee una clave para la solución de los problemas asociados a la aplicación de la distinción entre error de tipo y error de prohibición en el ámbito de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual. En este contexto, resulta ser de particular importancia la variable relativa a la edad de la víctima, tanto para la fundamentación de un eventual error de tipo como para la fundamentación de un eventual error de prohibición. Esto, porque es en atención a sea variable que la regulación vigente traza una demarcación fundamental entre dos ámbitos de protección diferenciados: sólo se reconoce libertad sexual a personas mayores de 14 años, de manera tal que las personas de edad inferior quedan sometidas al estatus de sexualmente indemnes o incólumes. Ello se traduce en una divergencia entre el contenido de injusto de los delitos contra la libertad sexual, por un lado, y el contenido de injusto de los delitos contra la indemnidad sexual, por otro. Y esto afecta directamente la pregunta de cuáles son las circunstancias fácticas a partir de las cuales una persona podría llegar a inferir la antijuridicidad de su comportamiento, en la medida en que para el injusto propio del menoscabo de la indemnidad sexual de una persona menor de 14 años carece de toda significación que se configure o no alguna modalidad de coacción o abuso.

- 4.6. La revisión de los pronunciamientos judiciales más significativos a este respecto hace posible detectar el riesgo de no que sean plenamente advertidas las consecuencias que se siguen del reconocimiento de la eficacia eximente del error de prohibición, que la jurisprudencia ya ha hecho suyo. Lo indispensable, desde este punto de vista, está en determinar exactamente, en primer lugar, cuáles son las circunstancias del hecho de las cuales el autor ha de tener conocimiento para que el hecho le resulte imputable a título de dolo; así como establecer, en segundo lugar, en qué medida cabe esperar que el autor advierta, en tal situación, la significación jurídicamente delictiva de su comportamiento a partir de ese conocimiento de las circunstancias del hecho. Y esto es especialmente sensible cuando el hecho, objetivamente, satisface la descripción típica de un delito contra la indemnidad sexual de una persona menor de 14 años. Pues si una persona efectivamente desconoce que la sola edad de un menor basta para que un determinado contacto sexual mantenido con ese menor resulte jurídicamente prohibido, entonces esa persona actúa, en todo caso, bajo un error de prohibición.
- 4.7. Una tendencia de la evolución jurisprudencial más reciente, en el marco que aquí interesa, consiste en reducir la pregunta acerca de la eventual falta de conocimiento de la antijuridicidad del hecho a la pregunta por el carácter vencible o invencible de esa falta de conocimiento. Una vez que se clarifica la necesidad de mantener separadas esas dos preguntas, resulta imperativo, en

todo caso, establecer con precisión los criterios bajo los cuales ha de determinarse el carácter vencible o invencible de un posible error de prohibición. Dentro del catálogo de parámetros manejados por la jurisprudencia más reciente, destacan algunos a los cuales ha de atribuirse inequívoca prioridad, por concernir directamente la pregunta por la capacidad individual del (potencial) autor de advertir el carácter antijurídico de su comportamiento.

- 4.8. Sigue siendo controversial la pregunta acerca de las consecuencias, para la punibilidad y la penalidad del hecho, de un error de prohibición vencible. Pero se encuentra fuera de discusión, con arreglo al estado actual de la jurisprudencia y de la discusión doctrinaria, que el error de prohibición invencible siempre conduce a una plena exclusión de responsabilidad por el hecho respectivo, también en el ámbito delictivo que aquí interesa.

Es todo cuando puedo a Ud. informar.

Prof. Dr. Juan Pablo Mañalich R.

IV. El derecho a defensa ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: La figura del defensor interamericano y su implementación en Chile

CLAUDIO NASH ROJAS

SUMARIO

I.	LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	
1.	Revisión de la Constitución Política de la República, en particular los artículos 5 inciso 2, 6 y 7 relativos a facultades, derechos y garantías de derechos humanos consagrados en la Constitución Política.....	
1.1	<i>Origen reforma constitucional 1989</i>	
1.2	<i>Objetivos de la reforma</i>	
1.3	<i>La interpretación del artículo 5.2</i>	
1.4	<i>Consecuencias de la recepción del DIDH en las obligaciones de los órganos del Estado</i>	
2.	Análisis de las obligaciones del Estado Chileno en relación a los Tratados de Derechos Humanos.....	
2.1	<i>Las particularidades de los Tratados de Derechos Humanos</i>	
2.2	<i>Obligación de cumplimiento de buena fe</i>	
2.3	<i>Obligaciones generales</i>	
2.4	<i>Interpretación de las obligaciones del Estado en Derechos Humanos</i>	
3.	Conclusiones a esta primera parte.....	
II.	LA DEFENSA PENAL Y EL SISTEMA INTERNACIONAL.....	
4.	Revisión de los artículos del Código Procesal Penal (en especial, artículo 7, 93 N° 1 y 104) relativos al imputado y calidad de la defensa y facultades del defensor.....	
4.1	<i>Defensor público y debido proceso</i>	
4.2	<i>Defensa técnica</i>	
4.3	<i>El continuo de la defensa en sede nacional e internacional</i>	
4.4	<i>Derecho a la defensa y tribunales nacionales</i>	
4.5	<i>Interpretación de la Corte IDH sobre la unidad de la protección nacional e internacional</i>	

4.6	<i>Principio de no discriminación ante la defensa</i>	
5.	Revisión y análisis del Estatuto Administrativo y de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado para fijar ámbitos de actuación en relación a los organismos internacionales.	
5.1	<i>Artículo 84 letra c) del Estatuto Administrativo:</i> <i>Origen de la norma y reforma</i>	
5.2	<i>Artículo 84 letra c) del Estatuto Administrativo: Objetivo de la norma</i>	
5.3	<i>Artículo 84 letra c) del Estatuto Administrativo: Diferencia con la actuación procesal ante el SIDH</i>	
5.4	<i>Análisis del artículo 56 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado</i>	
6.	Conclusiones: Acerca de la posibilidad de que defensores penales públicos chilenos representen un caso chileno ante el SIDH	
7.	Análisis de la representación jurídica y administrativa ante los organismos internacionales de derechos humanos	
7.1	<i>La representación ante organismos como parte de la obligación de cooperar</i>	
7.2	<i>Las funciones implícitas para cumplir con los objetivos</i>	
7.3	<i>El diseño institucional ante el SIDH: Convención — Estatutos — Reglamentos</i>	
7.4	<i>La figura del Defensor Interamericano</i>	
7.5	<i>El acuerdo entre la Corte IDH y AIDEF</i>	
8.	Posibilidad de que funcionarios públicos chilenos ejerzan la representación de extranjeros ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	
8.1	<i>Las obligaciones que surgen de ser parte del sistema internacional</i>	
8.2	<i>No es incompatible con el derecho chileno</i>	
8.3	<i>Operatividad de la figura de la comisión de servicio para el caso de defensores interamericanos chilenos</i>	
9.	Posibilidad de que defensores interamericanos chilenos representen casos nacionales de carácter no penal	
10.	Conclusiones: Acerca de la posibilidad de que defensores interamericanos chilenos acudan al SIDH.....	
III.	CONCLUSIONES GENERALES	

INTRODUCCIÓN

La Defensoría Penal Pública de Chile me ha pedido un Informe en Derecho para ser presentado ante el Ministerio de Justicia sobre los siguientes puntos:

1. Análisis de la representación jurídica y administrativa ante los organismos internacionales de derechos humanos.
2. Análisis de las obligaciones del Estado Chileno en relación a los Tratados de Derechos Humanos.
3. Revisión y análisis del Estatuto Administrativo (en particular del artículo 84 letra c) y de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (artículo 56) para fijar ámbitos de actuación en relación a los organismos internacionales.
4. Revisión de los artículos del Código Procesal Penal (en especial, artículo 7, 93 N°1 y 104) relativos al imputado y calidad de la defensa y facultades del defensor.
5. Revisión de la Constitución Política de la República, en particular el artículo 5 inc. 2° y el artículo 7 relativo a facultades, derechos y garantías, de derechos humanos consagrados en la Constitución Política.
6. Posibilidad de que funcionarios públicos chilenos ejerzan la representación de extranjeros ante el sistema interamericano de derechos humanos.

Este informe busca resolver la legalidad de la actuación de los defensores penales públicos para asumir casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos bajo distintas hipótesis: a) casos respecto del Estado de Chile en causas que eran tramitadas por la defensoría penal pública; b) casos respecto del Estado de Chile en causas que no eran tramitadas por la defensoría penal pública y que no son necesariamente sobre materia penal; y c) casos respecto de terceros Estados parte de la OEA y que hayan dado competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El marco en que se desarrolla este informe es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y particularmente, el sistema de casos contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para resolver las cuestiones planteadas se seguirá el siguiente esquema:

- ✓ Las obligaciones del Estado frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- ✓ La defensa penal y el sistema internacional
 - La defensa de casos penales ante el SIDH
 - La defensa de casos como parte de la figura del defensor interamericano
- ✓ Conclusiones

Se espera que este informe ilustre las posibilidades que otorga el ordenamiento jurídico chileno para hacer efectivo el derecho a defensa ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tanto a través del acceso de casos en el marco de un proceso penal, como mediante la intervención de un defensor interamericano. Asimismo, se busca destacar las obligaciones que ha contraído el Estado chileno en materia de derechos humanos, con el fin de iluminar el juicio que deberán formarse los órganos del Estado sobre estas relevantes materias para el sistema de protección de derechos humanos en las Américas.

I. LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el presente apartado, se analizarán las obligaciones que ha asumido el Estado chileno frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Este análisis se hace con el objetivo de contextualizar la posición que tiene el Estado chileno frente al Derecho Internacional y —particularmente— frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

Si se tiene clara la relación del Estado chileno con el sistema internacional y con los tratados internacionales de derechos humanos, será más fácil comprender el alcance del derecho a defensa ante los organismos internacionales de protección y la importancia que tiene que los Estados cooperen de buena fe con dichos organismos.

Para aclarar esto, se analizará la manera en que se consagran los derechos fundamentales en la Constitución Política de la República (CPR) y la manera en que el derecho interno interacciona con el sistema internacional. Este análisis será relevante para determinar las obligaciones que surgen para el Estado de Chile en materia de derechos humanos.

1. Revisión de la Constitución Política de la República, en particular los artículos 5 inciso 2, 6 y 7 relativos a facultades, derechos y garantías de derechos humanos consagrados en la Constitución Política

1.1. Origen reforma constitucional 1989

La reforma a la Constitución chilena de 1989 fue propuesta después de haber existido en Chile, durante 17 años, un régimen de gobierno autoritario en el cual los derechos humanos fueron violados de manera masiva y sistemática. En este contexto, tanto los partidos políticos de oposición de la época como la sociedad civil, se habían percatado de la necesidad de que existiera una garantía internacional que protegiera tales derechos cuando el Estado los violaba o se negaba a protegerlos. Sobre este punto hubo acuerdo político en su momento y se dio paso a la reforma de la Constitución —en esta y otras materias— en el año 1989.

La Constitución Política que en un comienzo establecía en su artículo 5 “*el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”, fue reformada y se agregó un segundo inciso que dispuso “*Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”.

1.2. Objetivos de la reforma

La enmienda realizada al artículo 5 tenía por objetivo principal asegurar de la mejor manera posible un sitio principal para los derechos humanos, dada la enorme importancia que su respeto tendría para la futura democracia estable. En efecto, se plantea en un documento preparado por la comisión técnica de la reforma¹, que ésta persigue robustecer las garantías constitucionales y la vigencia de los derechos humanos, como un refuerzo del deber de los órganos del Estado de respetar los derechos constitucionales y los declarados por normas internacionales que comprometen al país. Esta iniciativa nacional se suma al resultado de un arrollador movimiento internacional en el que la consagración y protección de estos derechos es el pilar fundamental².

¹ NASH, Claudio. *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: Tendencias jurisprudenciales*. Editorial Fontamara, México, 2010, p.187.

² MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge (Editores), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos: El derecho nacional y las obligaciones en materia de derechos humanos*. Cuadernos de análisis jurídico, Serie de publicaciones especiales, Universidad Diego Portales, 1996.

1.3. La interpretación del artículo 5.2

La entrada en vigencia de la enmienda constitucional trajo consigo divergencias de opinión respecto a la interpretación de la jerarquía de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales. En este sentido, la discusión se ha centrado en si éstos tienen una jerarquía supra—legal, constitucional o supra—constitucional. En efecto, existen diferencias importantes entre la jurisprudencia de la Corte Suprema y lo asentado por el Tribunal Constitucional. Mientras la primera ha sostenido el carácter constitucional de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales³; el Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar que los tratados son sólo Leyes en el rango de la pirámide normativa⁴, basado en que en la Constitución no se han reformado las normas de aprobación de los tratados, y por lo tanto, la incorporación automática a la Constitución de los derechos humanos de los tratados internacionales, conllevaría una posible reforma a la Constitución.

Sin embargo, si se examina la CPR (incluso sin la enmienda introducida en 1989), se llega a la conclusión de que los “*derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*” son un límite constitucional al ejercicio de la soberanía y, por tanto, gozan de esa jerarquía desde que entró en vigencia dicha Constitución. Por tanto, lo que viene a hacer la reforma es a reafirmar la categoría constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile, y agregó al rango constitucional a los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales. Esto trae consigo la incorporación del catálogo de jurisprudencia en que se aclaran las obligaciones de los Estados⁵, las obligaciones generales consagradas en dichos tratados y las normas de resolución de conflictos (suspensión de derechos y restricciones legítimas)⁶.

Por tanto, cuando hablamos de los derechos y libertades consagrados en el ordenamiento jurídico chileno, debemos mirar no solo las garantías constitucionales, sino también el catálogo de derechos humanos consagrados en las

³ Corte Suprema de Chile. “*Caso Sandoval*”. Sentencia 17 de noviembre de 2004, rol 517-2004; Corte Suprema de Chile. “*Caso Vásquez y otros*”. Sentencia de 13 de diciembre de 2006, rol 559-2004.

⁴ En este sentido: Ver la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional con motivo de la aprobación del Tratado que crea el Tribunal Penal Internacional, sentencia de 8 de abril de 2002, rol N° 346. Esto se reafirma en la sentencia de 9 de agosto de 2009, rol No. 1288, donde el Tribunal Constitucional somete a los tratados internacionales a control de constitucionalidad.

⁵ Sobre el particular la Corte IDH ha señalado que cuando se analizan las obligaciones de los Estados, los jueces no sólo deben tener en la mira al tratado internacional, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana. Ver: Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr.124, Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr.225.

⁶ NASH, Claudio. Op.cit. p.188.

normas internacionales (en conjunto con las obligaciones generales y el acervo jurisprudencial). Este conjunto de normas constituye lo que se denomina un “*Bloque de Constitucionalidad*”, cuya relevancia radica en que este el parámetro bajo el cual deben cotejarse los actos u omisiones del Estado y obliga a todos los órganos del Estado en virtud de lo preceptuado en el artículo 6 de la Carta fundamental. Así, el cumplimiento de dichas obligaciones será una actuación válida —dentro del ámbito de competencias de la autoridad pública— en virtud del artículo 7 de la Constitución Política.

En virtud de estas explicaciones, a saber, que el catálogo de derechos, libertades y obligaciones para el Estado es más amplio que el contemplado en la CPR, es que debemos contextualizar el objetivo de este informe. Es decir, si vamos a analizar las posibilidades de litigio internacional de los defensores penales y públicos y los defensores interamericanos chilenos, debemos tener presente las obligaciones que ha adquirido el Estado chileno en relación al derecho a defensa, considerando que este derecho forma parte de un espectro más amplio de derechos y libertades cuyos alcances nos permitirán entender su sentido respecto al sistema interamericano.

1.4. Consecuencias de la recepción del DIDH en las obligaciones de los órganos del Estado

El artículo 6 de la CPR obliga a todos los órganos del Estado a adecuar su comportamiento a las normas constitucionales, dentro de las cuales se encuentran no sólo las normas del artículo 19 (que contempla el catálogo de derechos constitucionales), sino también las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos (artículo 5). Por tanto, una necesaria consecuencia de la recepción del DIDH en el derecho nacional, es que todos los órganos del Estado están obligados a actuar en conformidad al mandato de dichas normas. Además, a partir de lo dispuesto en los artículos 1 (incisos 1 y 4), en relación con las normas de los artículos 5 y 6 de la Constitución, se puede extraer la obligatoriedad de las normas internacionales, tanto de los derechos sustantivos como de las obligaciones generales (respeto y garantía).

Esto nos permite un razonamiento integral de las normas en el siguiente sentido: el Estado debe proteger a las personas y crear condiciones de vida con pleno respeto a los derechos fundamentales; los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana son un límite para el ejercicio de la soberanía y los órganos del Estado deben “respetar y promover” los derechos que están garantizados en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile; y dichas obligaciones comprometen a todos los órganos del Estado. Por tanto, la conclusión necesaria es que las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales serán no sólo de abstención, sino también obligaciones positivas.

Finalmente, cuando señalamos que el Estado chileno tiene obligaciones que emanan de sus compromisos internacionales, se debe considerar que su incumplimiento trae consigo la responsabilidad internacional del Estado. Así, los órganos actuando válidamente en el ámbito de sus competencias —como preceptúa el artículo 7— deben tener en consideración dichas obligaciones, para no comprometer la responsabilidad del Estado. Por tanto, cuando analicemos la relación entre el derecho a defensa y el acceso al sistema interamericano, necesariamente tenemos que tener en mente los compromisos internacionales que asume el Estado de Chile en dichas materias.

2. Análisis de las obligaciones del Estado Chileno en relación a los Tratados de Derechos Humanos

Una vez asentado el hecho de que el Estado de Chile, al suscribir instrumentos internacionales adquiere una serie de obligaciones relevantes desde el punto de vista de los derechos humanos y la responsabilidad internacional del Estado, se debe analizar el contenido de estas obligaciones y sus peculiaridades a la luz del objeto de este informe.

2.1. Las particularidades de los Tratados de Derechos Humanos

Tradicionalmente, los tratados internacionales han sido conceptualizados como “*un acuerdo celebrado entre dos o más Estados, regidos por el derecho internacional y destinado a producir efectos jurídicos*”⁷. Los tratados de derechos humanos, forman parte de esta categoría general, pero tienen ciertas particularidades que los distinguen de los tratados tradicionales.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha precisado este carácter particular:

“La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y en particular, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados Contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal

⁷ BENADAVA, Santiago. *Derecho internacional público*. Quinta edición, Editorial jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1999, p.21.

*dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción*⁸.

En definitiva, en los tratados de derechos humanos no puede considerarse su objeto y fin sea equilibrar recíprocamente los intereses entre los Estados, sino que persiguen el establecimiento de un orden público común a las partes, que no tiene por beneficiario a los Estados, sino a los individuos. Esta interpretación de los tratados de derechos humanos trae importantes consecuencias: el incumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos de un Estado, no da a los otros Estados Partes del tratado derecho para denunciarlo o terminarlo⁹, puesto que las obligaciones se establecen en beneficio de las personas y no de los Estados. En virtud de lo anterior, las reservas a las obligaciones convencionales se encuentran limitadas y restringidas¹⁰. Así, las actuaciones de los Estados quedan sujetas a un control internacional, cual es, el de los órganos creados por los propios instrumentos internacionales.

2.2. Obligación de cumplimiento de buena fe

Como es propio del derecho internacional, los Estados deben cumplir con sus compromisos de buena fe, es decir, con la voluntad de hacerlos efectivos¹¹. Este deber de cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito de los derechos humanos adquiere ciertas características particulares toda vez que tal como se ha señalado, el objeto de las obligaciones internacionales en esta materia no es la regulación de intereses recíprocos entre Estados, sino la protección de los derechos individuales. De ahí que la obligación de cumplimiento de buena fe adquiera especial relevancia en materia de interpretación sobre derechos humanos.

2.3. Obligaciones generales

A continuación, analizaremos las obligaciones generales que comprometen al Estado una vez que ha ratificado un Tratado Internacional de Derechos Humanos, esto es: las obligaciones de respeto, garantía y no discriminación. Entender el sentido y alcance de estas obligaciones será fundamental para el análisis del compromiso internacional que tiene el Estado de Chile con el derecho a defensa y su interacción con el SIDH.

⁸ Corte IDH. "El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A N°. 2, párr.29.

⁹ Artículo 60.5 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

¹⁰ Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 5, 31 julio 1981.

¹¹ Este principio de derecho internacional emana de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 26. Ver también: BENADAVA, Santiago, Op. cit. p.164.

2.3.1. *Respeto*

La obligación de respeto consiste en cumplir directamente la conducta establecida en cada norma convencional, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación. El contenido de la obligación estará definido, en consecuencia, a partir del mandato normativo del derecho o libertad concreto. Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo se encuentran las acciones de cumplimiento, que pueden ser positivas (implican una actividad de prestación) y/o negativas (implican una actividad de abstenición) y estarán determinadas por cada derecho o libertad.

Para el cumplimiento de las obligaciones con un fuerte contenido prestacional, es necesario que el Estado adopte medidas efectivas para su realización, lo que implica en ciertos casos la adopción de políticas públicas. Es posible que estas medidas de realización del mandato normativo impliquen la adopción de políticas públicas de largo plazo que tiendan a satisfacer plenamente el derecho. La consagración de un sistema de justicia basado en las garantías judiciales mínimas de un debido proceso es un buen ejemplo de estas medidas con un fuerte compromiso prestacional por parte del Estado. Estas medidas tienen un componente de progresividad importante, esto es, deben tender a profundizar el contenido de los derechos y ampliar su cobertura en la medida de las posibilidades del Estado.

De esta forma, la obligación de respeto en los casos de derechos prestacionales podrá ser objeto de control, tanto nacional como internacional. Además, en todo evento, el sistema de control deberá prestar especial atención al hecho de que las medidas de progresividad no sean aplicadas en forma discriminatoria. Ambas cuestiones son relevantes al momento de analizar cómo debe ser leído el derecho a una defensa técnica gratuita y el alcance de la misma en un sistema de protección de derechos complejo como el aplicable en Chile.

2.3.2. *Garantía*

La obligación de garantía, por su parte, se traduce en la obligación que asume el Estado de promover, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que las personas sujetas a su jurisdicción ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen. Es decir, el Estado está obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), cualquiera sea su contenido normativo¹². Esta es una obligación complementaria

¹² Al respecto, la Corte ha señalado: "Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" Corte IDH. "*Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*". Sentencia de 28 de julio de 1988, párr.166.

a la de respetar, ya que no solo implica el cumplimiento estricto del mandato normativo que establece cada derecho, sino una obligación positiva de crear condiciones institucionales, organizativas y procedimentales para que las personas puedan gozar y ejercer plenamente los derechos y las libertades consagrados internacionalmente.

La obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos implica siempre la adopción de medidas positivas. Podemos distinguir las siguientes formas de cumplimiento de la obligación de garantía: a) la obligación del Estado de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos; b) el deber de proteger a las personas frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos; c) adoptar medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos; d) reparar a las víctimas; y, e) cooperar con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control¹³.

a) La obligación del Estado de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos

Las medidas generales para asegurar el goce y ejercicio de los derechos son medidas positivas que pueden ser generales o especiales. Las medidas generales están dirigidas a toda la población y dicen relación con la obligación de asegurar la vigencia de las normas internacionales en el ámbito interno. Consisten, entre otras, en legislar internamente para remover los obstáculos normativos que puedan existir en la legislación nacional, dictar Leyes que permitan dicho goce y ejercicio, y establecer los procedimientos y recursos necesarios para reclamar el cumplimiento de estas obligaciones. En caso de que existan elementos culturales que obstaculicen el pleno goce y garantía de los derechos, el Estado deberá adoptar medidas para su remoción. De la misma forma, deberán adoptarse las medidas internas para la difusión de los derechos y su conocimiento por parte de los agentes del Estado y de la ciudadanía.

Las medidas especiales son aquellas que se justifican a objeto de no incurrir en responsabilidad internacional. Estas consisten en deberes especiales, determinables en función de las particularidades necesidades de protección de sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentra, como extrema pobreza o marginación y niñez¹⁴.

¹³ Para mayor profundización del contenido de la obligación de garantía, Ver: NASH, Claudio. *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*. Editorial Porrúa, México, 2009, p.29.

¹⁴ Corte IDH. "Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia". Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 117.

b) Deber de proteger a las personas frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos

El Estado tiene la obligación de amparar a las personas frente a la amenaza de sus derechos, ya sea por agentes del Estado o por privados. En este sentido, el Estado deberá adoptar medidas adecuadas, sean normativas u organizacionales, para enfrentar casos de amenazas a los derechos garantizados internacionalmente. Para que el Estado se vea obligado a adoptar estas medidas deberá estarse ante una amenaza seria del derecho y la medida de protección deberá ser proporcional a la amenaza sufrida por el titular del derecho. Finalmente, la obligación de protección no se cumple sólo con la adopción de medidas genéricas, sino que con medidas particulares que miren la concreta situación del titular de derechos.

c) Adoptar medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos

En el ámbito de la reacción frente a violaciones de derechos humanos, el Estado, a fin de garantizar el derecho de la víctima y prevenir su repetición respecto de toda la sociedad, deberá adoptar medidas en el ámbito interno. En caso de que se produzcan violaciones graves de derechos humanos (tortura, desaparición forzada y otras que caigan dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad), estos hechos deben ser efectivamente investigados y los responsables deben ser sancionados de acuerdo con la normativa nacional, de forma tal de evitar la sensación de impunidad¹⁵.

d) Reparar a las víctimas

Como medida final, en todo caso de violación de derechos humanos, el Estado deberá reparar a las víctimas de acuerdo con los estándares que al efecto se han establecido en el derecho internacional de los derechos humanos: restitución, satisfacción, compensación y garantías de no repetición¹⁶.

e) Obligación de cooperar

Además de las obligaciones analizadas, existe un cuarto elemento de la obligación de garantía, que es la de cooperar con los órganos internacionales que controlan a los Estados. Esta obligación deriva de manera general, de su calidad de partes del tratado respectivo y de la existencia del principio de derecho internacional que obliga a los Estados a cumplir los tratados de buena fe.

¹⁵ Un ejemplo de cómo la Corte IDH ha obligado a los Estados a tomar este tipo de medidas: Corte IDH. "*Caso Almonacid Arellano vs. Chile*". Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

¹⁶ Para una visión más profunda del tema, Ver: NASH, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. Segunda edición, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2009.

Esta es una de las obligaciones que adquiere mayor relevancia para nuestro objeto de estudio. Más adelante (apartado 7.1) analizaremos en profundidad los alcances de la obligación de cooperar que tiene el Estado chileno en relación con la representación ante organismos internacionales.

2.3.3. No discriminación

Finalmente, uno de los pilares del DIDH es el principio de igualdad y no discriminación. Esta obligación ha sido destacada por la jurisprudencia internacional como un principio del DIDH e, incluso, para la Corte IDH, sería una norma perentoria o *ius cogens*¹⁷, que por su relevancia práctica, la CADH lo recoge como una de las obligaciones generales del Estado, aplicable a cada derecho y libertad convencional.

Para que exista discriminación, la acción estatal deberá consistir en una distinción, exclusión, restricción o preferencia, lo que implica un elemento comparativo, esto es, para que exista una acción discriminatoria debe haber otra persona o grupo puestos en la situación de ser tratada por el Estado en forma similar o diferente. El Estado incurrirá en una discriminación no solo cuando en forma directa e inmediata sus agentes actúen, ya sea que dicha acción provenga de cualquiera de los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo o judicial) en cualquiera de sus niveles funcionarios; sino que también en aquellos casos que en forma indirecta lo permitan, o bien, por medio de la omisión de proteger y garantizar un determinado derecho respecto de una persona o grupo, incurran en un acto discriminatorio. En este sentido, el Estado deberá prohibir y sancionar todas las acciones discriminatorias que puedan darse en las relaciones particulares, evitar que se proclamen acciones discriminatorias e ideas que las alienen, entre otras¹⁸.

2.4. Interpretación de las obligaciones del Estado en Derechos Humanos

La naturaleza particular de los tratados en materia de derechos humanos a que hemos hecho referencia, implica también estos se interpreten bajo ciertas reglas particulares. Al efecto la base está en las normas de interpretación de tratados internacionales, las que podemos encontrar en la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, que en su artículo 31 establece que:

¹⁷ Corte IDH. "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados". Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

¹⁸ Un análisis en profundidad del principio de igualdad y no discriminación: DAVID, Valeska y NASH, Claudio. *Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos*. En: NASH, Claudio y MUJICA, Ignacio (coords.). *Derechos humanos y juicio justo*. Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos, 2010.

“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Para estos efectos, el contexto de un tratado comprende:

- El texto, incluyendo el preámbulo y los anexos;
- Todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del mismo; y
- Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente a él.

Respecto a los tratados en materia de derechos humanos, podemos agregar otros elementos adicionales:

- **Interpretación pro persona:** Si consideramos que uno de los elementos para interpretar la norma internacional es la consideración del objeto y fin del tratado, y que éstos son la protección de los derechos humanos, puede concluirse que la interpretación debe ser siempre en favor del individuo. La Corte Interamericana vincula la especial naturaleza de los tratados sobre derechos humanos con la necesidad de una particular interpretación de los mismos, señalando *“la necesidad de aplicar e interpretar sus disposiciones, de acuerdo con su objeto y fin, a modo de asegurar que los Estados Partes garanticen su cumplimiento y sus efectos propios (effet utile) en el plano de sus respectivos derechos internos; lo que no sólo es aplicable para las normas sustantivas, sino que también para las normas procesales”*¹⁹.
- **Interpretación dinámica:** La mención del objeto y fin del tratado como un elemento de interpretación confiere también a ésta un carácter dinámico, que se refleja en la amplitud del concepto “el contexto del tratado”, ya que los instrumentos formulados “con motivo de la interpretación del tratado” son necesariamente posteriores a éste y, si se han adoptado por las mismas partes, pueden entenderse como una interpretación que éstas han dado al acuerdo primero.
- **Interpretación integral:** Las diversas fuentes del Derecho Internacional se influyen recíprocamente. Los principios generales de derecho, el derecho consuetudinario, los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de las organizaciones internacionales preceden o suceden a las normas de los tratados. No es posible intentar aplicar un tratado con desconocimiento de los principios generales de derecho o del derecho consuetudinario que lo precede o lo complementa, como tampoco lo es ignorar las otras fuentes de derecho que pueden haberlo sucedido, aclarándolo o complementándolo.

¹⁹ Corte IDH. “Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia”. Sentencia de 7 de marzo de 2005, párr.105.

Cada uno de estos principios tiene especial relevancia a la hora de determinar el contenido y alcance de las obligaciones del Estado y por tanto, debemos prestarles especial atención a la hora de determinar el contenido y alcance del derecho a defensa técnica en un caso que eventualmente pueda acceder al SIDH.

3. Conclusiones a esta primera parte

En virtud de la ratificación de variados tratados internacionales, Chile se ha comprometido a adecuar su sistema normativo a los estándares internacionales. Esto se conjuga con la incorporación que mediante la CPR se hace de los tratados internacionales que consagran derechos humanos y que pasan a formar parte de nuestro sistema normativo. Esta incorporación crea un bloque de constitucionalidad que ha de ser el baremo de constitucionalidad del sistema del cual se desprenden las obligaciones del Estado chileno.

Como vimos, Chile se ha hecho parte del SIDH al ser parte de la CADH y al haber otorgado competencia jurisdiccional a la Corte IDH. En este contexto, ha asumido plenamente las obligaciones de respeto, garantía y no discriminación en el ejercicio de los derechos. Nuestro país se obliga a cumplir directamente la conducta establecida en cada norma convencional, a promover a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que las personas sujetas a su jurisdicción ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen y a no realizar distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias respecto al ejercicio de un derecho.

Es a la luz de estas aclaraciones previas es que se debe leer el derecho a defensa técnica —cuyo respeto, protección y ejercicio sin discriminación— es una obligación para el Estado chileno. En el apartado siguiente veremos cómo este derecho a defensa técnica debe ser asegurado por el Estado incluso ante el SIDH.

II. LA DEFENSA PENAL Y EL SISTEMA INTERNACIONAL

A. La defensa de casos penales ante el sidh

En el presente apartado, analizaremos la posibilidad de que un defensor penal público, pueda llevar un caso ante el SIDH en el contexto de un proceso penal. Para esto, se analizarán las normas pertinentes de la CPR, Código Procesal Penal y la jurisprudencia nacional e internacional que aclaran el alcance del derecho a defensa.

4. Revisión de los artículos del Código Procesal Penal (en especial, artículo 7, 93 N° 1 y 104) relativos al imputado y calidad de la defensa y facultades del defensor

4.1. Defensor público y debido proceso

La figura del defensor penal público nace en Chile con la creación de la Defensoría Penal Pública en el año 2001. Esta institución se crea tras la reforma procesal penal con la finalidad de proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado²⁰.

En la historia de la Ley que crea la defensoría penal pública, se pone de relieve la importancia de la defensa penal para los imputados dentro de las garantías del debido proceso. En particular, se recalca que el respeto del derecho de defensa constituye un componente esencial de la noción misma de proceso. Este, como medio de resolución de conflictos, se caracteriza por su carácter participativo, ya que permite una intervención ordenada de aquellos que se pueden ver afectados por una decisión judicial, interactuando con el tribunal, de modo de lograr una solución de mejor calidad y vinculación a las partes²¹. Esa participación en el juicio, es lo que asegura el derecho de defensa. De allí su importancia para la configuración de un proceso válido²².

La importancia del derecho a defensa en Chile no sólo fue recogida gracias a la dogmática procesal penal y el constitucionalismo, sino también se plasmó gracias a la vinculación del Estado chileno con los tratados de derechos humanos que consagraban dicho derecho. En efecto, se recogió para la creación de esta figura el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagra ciertas garantías mínimas a favor de toda persona acusada de un delito, durante el proceso, entre ellas, la de *“hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o a ser asistida por un defensor a su elección; a ser informada, si no hubiere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”*.

La CADH, también consagra en su artículo 8 diversas garantías judiciales. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, entre otras, a las siguientes garantías mínimas: *“d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser*

²⁰ Artículo 2 Ley N° 19.718 que crea la Defensoría Penal Pública.

²¹ TAVOLARI, Raúl. *El proceso en acción*. Editorial Libromar, 2000, pp.357 y ss.

²² Historia de la Ley N° 19.718, mensaje del ejecutivo, p.5.

asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la Ley”.

Por tanto, la creación de la figura del defensor penal público, obedece al imperativo de dar plena fisonomía al debido proceso e implica que actualmente toda persona tenga derecho a defensa penal mediada por un agente letrado (defensa material y defensa técnica).

La defensa penal pública en Chile, se regula a través de la Ley N° 19.718 que crea la Defensoría Penal Pública; el Código Procesal Penal; y la Constitución Política de la República que se remite a los tratados internacionales de derechos humanos que consagran este derecho.

4.2. Defensa técnica

El derecho a defensa corresponde a la facultad del imputado de intervenir en el procedimiento penal que se dirige en su contra para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenúe²³.

El derecho a defensa del imputado comprende tanto la defensa material como la defensa técnica (formal). La primera consiste en el ejercicio de los derechos que la Constitución y las Leyes le confieren durante el procedimiento, y que por lo tanto le atingen en forma personal al imputado²⁴. La defensa técnica se refiere principalmente al derecho a ser asistido o defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento²⁵.

²³ Una definición amplia del derecho a defensa ha sido dada por Gimeno Sendra: “el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente. GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal* Tomo II, 3ª edición, 1990, p.68.

²⁴ Por ejemplo, María Inés Horvitz agrupa dentro de este derecho a los derechos de información, derechos de intervención en el procedimiento y derechos que imponen un deber de abstención a las autoridades de persecución penal pública, En: HORVIZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p.77.

²⁵ *Ibidem*. Este derecho estaría integrado por el derecho a la designación y sustitución del defensor, la defensa necesaria y los derechos y facultades del defensor mismo. La Corte IDH ha hecho referencia al derecho a defensa técnica en los siguientes términos: “Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona, el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo

Nos concentraremos a efectos de este informe, en la defensa técnica. Esta tiene como fundamento la necesidad de garantizar lo más posible la igualdad de posiciones en el proceso penal, y aunque resulte complejo igualar el poder de la persecución penal estatal, la Ley prevé estos tipos de mecanismos para garantizar una cierta igualdad de armas²⁶. La defensa técnica permite al imputado contar con la asistencia necesaria cuando no posee conocimientos jurídicos suficientes o cuando, poseyéndolos, no pueda aplicarlos de forma idónea o adecuada²⁷.

Esta garantía, se encuentra contemplada en la CPR en el artículo 19 N° 3 inc.2-3, y en el artículo 8 inciso 1 el Código Procesal Penal (CPP), en los siguientes términos:

La Constitución dispone:

[...] Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la Ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida [...] La Ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos [...] Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la Ley²⁸ [...]

El CPP señala:

[...] El imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra [...]

De esta forma, se consagra el derecho a defensa técnica desde la primera actuación del procedimiento dirigido en contra del imputado, hasta la completa ejecución de la sentencia.

Un tema fundamental a la hora de examinar el derecho a defensa técnica, son los derechos y facultades del defensor. Un principio fundamental, es que *el defensor podrá ejercer todos los derechos y facultades que la Ley reconoce al imputado, a menos que expresamente se reservare su ejercicio a este último en forma personal* (artículo 104 del CPP). Este artículo hay que concordarlo con el artículo 7 del CPP que establece *“las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras Leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere parti-*

sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo”, en: Corte IDH. “Caso Barreto Leiva vs. Venezuela”. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr.62.

²⁶ Ibídem. p.228.

²⁷ VASQUEZ ROSSI, J. *El proceso penal. Teoría y práctica*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1986, pp.53 y ss.

²⁸ Este inciso fue agregado por la Ley N° 20.516 publicada el 11 de julio de 2011.

cipación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia”.

Si al imputado se le permiten ejercer todos los derechos y garantías consagrados en la CPR, y si los tratados internacionales de derechos humanos (como ya vimos) son incorporados al catálogo de derechos fundamentales de nuestra normativa y dentro de estos se encuentra la posibilidad de accionar ante el sistema interamericano (toda vez que Chile le ha dado competencia), es un derecho del imputado acceder al sistema interamericano una vez cumplidos los requisitos del sistema. Por tanto, si el defensor puede ejercer todos los derechos y facultades que la Ley le reconoce al imputado, éste puede representarlo ante el SIDH si esta es una posibilidad que el sistema le brinda al defendido. Este acceso al SIDH puede ser al final del proceso interno (bajo la idea de continuidad en la defensa) o durante su tramitación (considerando que al defensor se le permiten ejercer todos los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política que le asisten al imputado). Este ejercicio dependerá del momento y la naturaleza de la violación de los derechos consagrados convencionalmente, pues puede ocurrir que existan vulneraciones a los derechos fundamentales, por ejemplo, mediante la imposición de una medida cautelar, o mediante una sentencia producto de un proceso que no ha sido sustanciado en conformidad a las garantías del debido proceso.

Los estándares de defensa de la Defensoría Penal Pública²⁹ consagran respecto a la competencia profesional del abogado en las actividades de defensa, que *“el defensor o defensora resguarda en todo momento los intereses de imputadas e imputados, desde el inicio del procedimiento dirigido en su contra hasta su completa terminación, proporcionando una asesoría jurídica técnico penal adecuada, relativa al caso”*. En este sentido, si el defensor debe velar en todo momento por los intereses de los imputados, proporcionando una asesoría jurídica técnico penal adecuada, podemos sostener que se encuentra dentro de sus facultades acceder al sistema interamericano ya que este es un mecanismo contemplado en la legislación nacional para proteger derechos fundamentales (y en este sentido puede resguardar los intereses del imputado), pudiendo ser la asesoría técnica adecuada al caso.

Un ejemplo concreto de esto, es por ejemplo, el *estándar de libertad*³⁰. La Defensoría Penal Pública (DPP) consagra entre sus estándares de defensa, el de la libertad, que consiste en que el defensor o defensora debe realizar todas las actividades necesarias para que las imputadas y los imputados no sean

²⁹ Resolución 3389 exenta, deja sin efecto la resolución N° 1307 de 2006, y aprueba nuevos estándares básicos para el ejercicio de la defensa penal pública “Estándares para el ejercicio de la defensa penal pública”, disponible en: <http://www.defensoriapenal.cl/estandares/introduccion.php>.

³⁰ *Ibidem*.

sometidos a restricciones de libertad arbitrarias e ilegales. En este sentido, si ya se han realizado todas las actividades a nivel de derecho interno y aun así persisten restricciones arbitrarias o ilegales de la libertad respecto a su imputado, debe ser posible que el defensor acceda al SIDH como un mecanismo de asegurar los derechos de su representado.

4.3. El continuo de la defensa en sede nacional e internacional

Los estándares de defensa técnica deben ser ejercidos bajo el principio de continuidad en la defensa. Este principio da cuenta de la necesidad de que al imputado le asista defensa técnica desde la primera actuación en el procedimiento, hasta la completa ejecución de la sentencia. Este principio emana de los artículos 7, 93 y 102 del CPP, así como de los artículos 2, 16 y 25 de Ley N°19.718 que crea la Defensoría Penal Pública.

En efecto, el artículo 7 del CPP señala:

“Calidad de imputado. Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras Leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia” (Destacado nuestro).

Se reitera dicha idea en el artículo 102 que dispone:

“Derecho a designar libremente a un defensor. Desde la primera actuación del procedimiento y hasta la completa ejecución de la sentencia que se dictare, el imputado tendrá derecho a designar libremente uno o más defensores de su confianza. Si no lo tuviere, el ministerio público solicitará que se le nombre un defensor penal público, o bien el juez procederá a hacerlo, en los términos que señale la Ley respectiva. En todo caso, la designación del defensor deberá tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado [...]” (Destacado nuestro).

El artículo 93 del CPP reafirma esta idea cuando señala que los derechos del imputado le asisten hasta la terminación del proceso:

“Derechos y garantías del imputado. Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las Leyes [...]” (Destacado nuestro).

También la Ley que crea la DPP hace referencia a este principio su artículo 25:

“Los defensores locales podrán ejercer funciones directivas o de jefaturas en las Defensorías Locales en que se desempeñen.

Los defensores locales asumirán la defensa de los imputados que carezcan de abogado en la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y, en

todo caso, con anterioridad a la realización de la primera audiencia judicial a que fuere citado.

Asimismo, la asumirán siempre que, de conformidad al Código Procesal Penal, falte abogado defensor, por cualquier causa, en cualquiera etapa del procedimiento.

Mantendrán la defensa hasta que la asuma el defensor que designe el imputado o acusado, salvo que éste fuere autorizado por el tribunal para defenderse personalmente” (Destacado nuestro).

La completa ejecución de la sentencia puede incluir, eventualmente, la ejecución de sentencia de condena del Estado por incurrir en responsabilidad internacional. En este sentido, dentro del continuo del proceso puede ocurrir que éste llegue hasta una instancia internacional y que esto implique que la sentencia de condena de un imputado pueda ser modificada por un pronunciamiento internacional. La modificación de dicha sentencia, trae como consecuencia que su completa ejecución sólo se lleve a cabo cuando se dé cumplimiento a la sentencia internacional³¹, bajo la consideración de que la tutela judicial no es efectiva si no se ejecuta lo decidido en la sentencia de la Corte IDH³². Por tanto, cuando el CPP y la Ley que crea la DPP hacen referencia a que la defensa técnica asiste al imputado hasta la completa ejecución de la sentencia, esta defensa eventualmente puede contemplar la instancia internacional. Esto se reafirma cuando los artículos 2 y 16 de la Ley N°19.718 señalan que es deber de la DPP proveer defensa penal “*en las respectivas Cortes*”, sin distinguir que se trate sólo de Cortes nacionales. Así, se puede sostener la idea de que existe un continuo en la defensa nacional e internacional.

4.4. Derecho a la defensa y tribunales nacionales

Resulta interesante, hacer mención a la jurisprudencia nacional respecto al derecho a defensa técnica, ya que se ha entendido este derecho en un sentido amplio. Dicha conceptualización es coherente con lo que hemos señalado en

³¹ Acerca de la ejecución de la sentencia internacional en: AYALA, Carlos. *La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: Revista de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, 2007, pp.127-201. Esto también se reafirma cuando la Corte IDH señala que el derecho a defensa asiste al imputado incluso hasta ejecutada la pena: “Ahora bien, el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o participe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena” en: Corte IDH. “*Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*”. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr.29.

³² Esto emana del artículo 25 de la CADH cuando los Estados se comprometen a “*garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso*”.

torno al continuo en la defensa y a las facultades de los defensores en relación a su participación en el SIDH:

“Que, en todo caso, es válido tener presente que el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución Política del Estado, que consagra el derecho constitucional a la igual protección de la Ley en el ejercicio de los derechos ciudadanos, en cuanto toda persona tiene asegurada su defensa jurídica en la forma que la Ley señala y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida, tal concepción ha de entenderse en términos amplios, dado que no sólo se refiere a la defensa, sino que incluso al asesoramiento respecto de los derechos que poseen las personas, y los medios que pueden hacer valer para su adecuada protección y a todo tipo de materias, reconociendo la actuación del letrado en todo asunto y ante toda potestad frente a la cual se haga valer o se reclame de la conculcación de un derecho, conforme a las exigencias de un racional y justo procedimiento que le permita ejercer la defensa de ciertas garantías que han sido atropelladas, limitadas o desconocidas o que puedan serlo, por un tribunal o autoridad pública, de cualquier naturaleza o categoría”³³.

En efecto, si entendemos el derecho a defensa técnica como lo ha conceptualizado nuestra Corte Suprema, se puede sostener que debe formar parte de las posibilidades de actuación de un defensor penal público acceder al SIDH, ya que éste puede actuar en todo asunto en el cual se discuta la conculcación de un derecho y la Corte IDH es una instancia ante la cual se reclaman vulneraciones a derechos fundamentales.

Este cariz de interpretación amplia toma aún más relevancia cuando la Corte Suprema ha hecho referencia al contenido de los tratados internacionales para interpretar el derecho a defensa³⁴ ya que se amplía también el cuerpo normativo aplicable³⁵. En este sentido, vemos que en torno a la defensa existe un cuerpo normativo amplio, que finalmente redundará en garantizar el efecto útil de dicho derecho mediante el otorgamiento de amplias facultades a los defensores, en todas las etapas del procedimiento.

³³ Corte Suprema. Sentencia de 13 de noviembre de 2007. Rol 3419-2007, considerando 13. Esta jurisprudencia se reitera en Corte Suprema. Sentencia de 29 de abril de 2008. Rol 6053-2007, considerando 13, destacado nuestro.

³⁴ *Ibidem*, considerando 14.

³⁵ Otras sentencias que han ampliado el cuerpo normativo —en esta materia— mediante la incorporación de tratados internacionales: Corte Suprema. Sentencia de 29 de abril de 2008. Rol 6053-2007, considerando 11, Corte Suprema. Sentencia de 13 de abril de 2010. Rol 9758-2009, considerando 18.

4.5. Interpretación de la Corte IDH sobre la unidad de la protección nacional e internacional

Respecto a los alcances del derecho de defensa en el SIDH, la Corte IDH en el caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”³⁶ nos otorga importantes elementos interpretativos para sostener la importancia del continuo de la defensa en el sistema internacional de manera de hacer coherente el funcionamiento de la protección de los derechos fundamentales.

En efecto, la Corte IDH ha hecho presente la importancia del principio de la “*integridad institucional del sistema de protección consagrado en la Convención Americana*”. Esto significa que:

“Por un lado, que el sometimiento de un caso contencioso ante la Corte respecto a un Estado Parte que haya reconocido la competencia contenciosa del Tribunal requiere del desarrollo previo del procedimiento ante la Comisión. De otra parte, la competencia asignada a la Comisión por el inciso f del artículo 41 convencional abarca los diversos actos que culminan en la presentación de una demanda ante la Corte para recabar de ésta una resolución jurisdiccional. Este artículo se refiere a un ámbito en el que se actualizan las atribuciones tanto de la Comisión como de la Corte, en sus respectivos momentos. Cabe recordar que la Corte es el único órgano judicial en estas materias”.

Esto debe necesariamente conjugarse con la interpretación de buena fe que debe hacerse de los tratados internacionales de derechos humanos, en conformidad al objeto y fin del tratado:

“La Convención de Viena contiene una regla que debe interpretarse como un todo. El sentido corriente de los términos, la buena fe, el objeto y fin del tratado y los demás criterios confluyen de manera unida para desentrañar el significado de una determinada norma. Por otra parte, la Corte recalca que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se compone tanto de un conjunto de reglas (las convenciones, pactos, tratados y demás documentos internacionales), como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar. La interpretación de las normas se debe desarrollar entonces también a partir de un modelo basado en valores que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona. En este sentido, el Tribunal, al enfrentar un caso como el presente, debe determinar cuál es la interpretación que se adecua de mejor manera al conjunto de las reglas y valores que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

³⁶ Corte IDH. “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr.55.

*Concretamente, en este caso, el Tribunal debe establecer los valores y objetivos perseguidos por la Convención Belém do Pará y realizar una interpretación que los desarrolle en la mayor medida. Ello exige la utilización en conjunto de los elementos de la norma de interpretación del artículo 31 citado*³⁷.

Por tanto, si se conjuga la importancia que tiene un sistema integral de protección de los derechos fundamentales que viene desde la jurisdicción nacional hacia la internacional, y que los tratados internacionales de derechos humanos deben interpretarse de manera tal de asegurar la efectiva protección de los derechos violados, necesariamente el derecho a defensa debe comprender la posibilidad de accionar ante el sistema interamericano y que en este, el afectado cuente con la asesoría técnica necesaria.

4.6. Principio de no discriminación ante la defensa

Como vimos en el apartado 2.3.3, una de las obligaciones generales que tiene el Estado es velar por el principio de la igualdad y no discriminación. Este principio implica para el Estado la obligación de *“no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la Ley de todas las personas”*³⁸.

En ese sentido, si todo imputado tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no, en todas las etapas del procedimiento, como hemos visto en los apartados anteriores, el Estado debe asegurar el goce pleno de este derecho, sin discriminación.

Si el Estado desea realizar un trato diferenciado respecto al goce y ejercicio de un derecho (en este caso del derecho a defensa técnica), deberá probar que impedir la defensa técnica ante el sistema interamericano es una distinción objetiva, que sirve a un fin legítimo y que es necesario en una sociedad democrática. Esto es, que la medida sea adecuada, conducente y proporcional afectando de la menor forma al derecho a ser tratado en condiciones de igualdad para conseguir dicho fin legítimo.

Claramente no parece razonable un sistema que permita que algunas personas accedan a la protección de sus derechos humanos en sede internacional atendido su condición económica y que otros sólo puedan acceder a las instancias nacionales por contar con una defensa proporcionada por el Estado. En este mismo sentido, no parecería propio de una sociedad democrática que el Estado pusiera una barrera formal para acceder al sistema internacional en

³⁷ Corte IDH. “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr.33

³⁸ Corte IDH. “Caso Yatama vs. Nicaragua”. Sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 185

condiciones de igualdad entre personas asistidas por la defensa pública y quienes tienen defensa particular. Las trabas institucionales, que pudieran ser una excusa para dejar de cumplir tales obligaciones, no justificarían dicho trato diferenciado, tal como explicaremos en el punto 5 de este informe.

5. Revisión y análisis del Estatuto Administrativo y de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado para fijar ámbitos de actuación en relación a los organismos internacionales

En este apartado analizaremos la regulación de ámbitos de actuación de funcionarios públicos ante organismos internacionales. Este análisis nos permitirá determinar cuál es la posibilidad —desde el punto de vista funcionario— que un defensor penal público asuma la defensa de un caso chileno ante el sistema interamericano. Para esto, analizaremos el artículo 84 letra c) del Estatuto Administrativo y el artículo 56 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE).

5.1. Artículo 84 letra c) del Estatuto Administrativo: Origen de la norma y reforma

Para poder determinar los ámbitos de actuación de un defensor penal público, debemos examinar las prohibiciones a las que está sujeto en el ámbito de sus competencias. El Estatuto Administrativo regula taxativamente estas prohibiciones en su artículo 84:

“El funcionario, estará afecto a las siguientes prohibiciones:

- a) *Ejercer facultades, atribuciones o representación de las que no esté legalmente investido, o no le hayan sido delegadas;*
- b) *Intervenir, en razón de sus funciones, en asuntos en que tengan interés él, su cónyuge, sus parientes consanguíneos hasta el tercer grado inclusive o por afinidad hasta el segundo grado, y las personas ligadas a él por adopción;*
- c) *Actuar en juicio ejerciendo acciones civiles en contra de los intereses del Estado o de las instituciones que de él formen parte, salvo que se trate de un derecho que atañe directamente al funcionario, a su cónyuge o a sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o por afinidad hasta el segundo grado y las personas ligadas a él por adopción;*
- d) *Intervenir ante los tribunales de justicia como parte, testigo o perito, respecto de hechos de que hubiere tomado conocimiento en el ejercicio de sus funciones, o declarar en juicio en que tenga interés el Estado o sus organismos, sin previa comunicación a su superior jerárquico;*

- e) Someter a tramitación innecesaria o dilación los asuntos entregados a su conocimiento o resolución, o exigir para estos efectos documentos o requisitos no establecidos en las disposiciones vigentes;
- f) Solicitar, hacerse prometer o aceptar donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza para sí o para terceros;
- g) Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal, material o información reservada o confidencial del organismo para fines ajenos a los institucionales;
- h) Realizar cualquier actividad política dentro de la Administración del Estado o usar su autoridad, cargo o bienes de la institución para fines ajenos a sus funciones;
- i) Organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración del Estado; dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, totales o parciales, en la retención indebida de personas o bienes, y en otros actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la Administración del Estado;
- j) Atentar contra los bienes de la institución, cometer actos que produzcan la destrucción de materiales, instrumentos o productos de trabajo o disminuyan su valor o causen su deterioro, y
- k) Incitar a destruir, inutilizar o interrumpir instalaciones públicas o privadas, o participar en hechos que las dañen.

Para el caso en cuestión, es discutible la aplicación de la letra c) del artículo 84. Originalmente, dicho precepto establecía que la prohibición correspondía a “actuar directa o indirectamente contra los intereses del Estado o de las instituciones que de él formen parte, salvo que se trate de un derecho que atañe directamente al funcionario, a su cónyuge o a sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o por afinidad hasta el segundo grado y las personas ligadas a él por adopción”. Este artículo se modificó a la actual redacción mediante el artículo 5 N°3 de la Ley 19.653 de 1999. La reforma obedeció a la necesidad de precisar el alcance de la jurisprudencia sentada en esta materia por la Contraloría General de la República³⁹, y establecer que la conducta prohibida por el estatuto administrativo era única y exclusivamente la actuación directa en juicio ejerciendo acciones civiles, circunscribiendo la prohibición estatutaria a una actuación directa, lo que significa excluir de la prohibición toda acción de otra naturaleza⁴⁰.

³⁹ CGR. Dictamen N° 79.895, de 1976.

⁴⁰ PANTOJA BAUZÁ, Rolando. *Estatuto administrativo interpretado. Actualizado, coordinado y sistematizado*, Tomo II. Séptima edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p.654.

5.2. Artículo 84 letra c) del Estatuto Administrativo: Objetivo de la norma

Tras la reforma, es claro que el objetivo de la norma es prohibir el ejercicio de acciones civiles que directamente ejerce un funcionario público en contra de los intereses del Estado. Estos intereses son necesariamente pecuniarios, como estableció la Contraloría General de la República “*es menester que haya una contienda jurisdiccional en que pueda resultar comprometido el interés pecuniario del Estado o de las entidades que integran el sector público*”⁴¹.

5.3. Artículo 84 letra c) del Estatuto Administrativo: Diferencia con la actuación procesal ante el SIDH

- No podemos considerar aplicable la prohibición del estatuto administrativo al defensor público que asume la labor de defensor ante el sistema, puesto que la naturaleza de la actuación procesal que se ejerce ante el SIDH es diversa a la conducta prohibida.
- En primer lugar, la acción que se ejerce ante el sistema interamericano, no es una acción civil⁴², sino una acción que persigue determinar la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los derechos humanos. En efecto, una acción de responsabilidad internacional por violaciones a los derechos humanos busca determinar la existencia de un acto u omisión que viole una obligación establecida por una norma del derecho internacional vigente entre el Estado responsable del acto u omisión y el sujeto perjudicado por dicho acto u omisión y establecer que este acto tenga un carácter ilícito que le debe ser imputable al Estado⁴³.
- Además, hay que recalcar que el titular del derecho violado que se invoca ante el SIDH es la víctima. En este sentido, el funcionario público sólo

Asimismo, encontramos esta justificación en la Historia de la Ley 19.653 que modifica el Estatuto administrativo, página 720.

⁴¹ CGR. Dictamen N° 79.895 de 1976.

⁴² En particular, la acción en derecho procesal se ha conceptualizado como “*el ejercicio de la facultad de poner en funcionamiento la actividad jurisdiccional del Estado*”, y en particular, cuando se trata de una acción de carácter civil la pretensión puede ser petitoria (cuando el bien protegido es el dominio u otro derecho real) y las posesorias (en que se protege la posesión como un hecho). En: MATURANA MIQUEL, Cristián. *Disposiciones comunes a todo procedimiento*, Apuntes de clases, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2009.

⁴³ La Comisión de Derecho Internacional ha establecido en el artículo 1 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que “todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de este”. Comisión de Derecho Internacional. *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, adoptado por la CDI en su 53° periodo de sesiones (A/56/10) y anexado por la Asamblea General en su Resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001.

asesora o representa a la víctima para acceder al SIDH en condiciones de igualdad, no ejerce por sí mismo la acción ante el sistema⁴⁴.

- La configuración de esta acción dista bastante del tipo de acción que ha conceptualizado el Estatuto Administrativo (una acción civil que implique un perjuicio económico para el Estado). Si bien es cierto que existe la obligación de reparar a la víctima como consecuencia de la violación a derechos humanos por parte del Estado, esta reparación no es el principal objetivo de la acción de responsabilidad internacional y no siempre implica un perjuicio económico para el Estado⁴⁵.

El ejercicio de la acción civil implica actuar contra los intereses del Estado. En la hipótesis en análisis, el ejercicio de la acción es concordante con los intereses del Estado toda vez que *“en el en el proceso penal, el más amplio interés del Estado radica en obtener una sentencia justa, sea condenatoria o absolutoria, por lo cual no puede contrariar dicho interés superior la actividad profesional del abogado, en la medida que ella está precisamente destinada a auxiliar a los Tribunales en la obtención de dicho pronunciamiento”*⁴⁶. En esto es clara la jurisprudencia y responde a la idea de que la prohibición en análisis debe concordarse con la naturaleza propia de la labor de del defensor penal público, que es en todo caso, actuar en contra de la pretensión punitiva del Estado.

5.4. Análisis del artículo 56 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

El artículo 56 de la LOCBGAE establece lo siguiente:

“Todos los funcionarios tendrán derecho a ejercer libremente cualquier profesión, industria, comercio u oficio conciliable con su posición en la Administración del Estado, siempre que con ello no se perturbe el fiel y oportuno cumplimiento de sus deberes funcionarios, sin perjuicio de las prohibiciones o limitaciones establecidas por Ley.

Estas actividades deberán desarrollarse siempre fuera de la jornada de trabajo y con recursos privados. Son incompatibles con la función pública las actividades particulares cuyo ejercicio deba realizarse en horarios que coincidan total o parcialmente con la jornada de trabajo que se tenga asignada.

⁴⁴ Artículo 44 CADH: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.

⁴⁵ Un ejemplo de esto lo podemos encontrar en: Corte IDH. Corte IDH. “Caso Almonacid Arellano vs. Chile”. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

⁴⁶ CGR. Dictamen N° 25.575 de 1975.

Asimismo, son incompatibles con el ejercicio de la función pública las actividades particulares de las autoridades o funcionarios que se refieran a materias específicas o casos concretos que deban ser analizados, informados o resueltos por ellos o por el organismo o servicio público a que pertenezcan; y la representación de un tercero en acciones civiles deducidas en contra de un organismo de la Administración del Estado, salvo que actúen en favor de alguna de las personas señaladas en la letra b) del Artículo 54 o que medie disposición especial de Ley que regule dicha representación.

Del mismo modo son incompatibles las actividades de las ex autoridades o ex funcionarios de una institución fiscalizadora que impliquen una relación laboral con entidades del sector privado sujetas a la fiscalización de ese organismo. Esta incompatibilidad se mantendrá hasta seis meses después de haber expirado en funciones”

Este artículo fue introducido por la Ley 19.653 de 1999, y en la discusión parlamentaria se señaló que el objetivo de esta norma “es que la actividad que realice el funcionario sea conciliable con su posición en la Administración del Estado, que ha sido entendida por la Contraloría General de la República como una aplicación del principio de la probidad administrativa, según la cual los servidores públicos deben abstenerse de intervenir en asuntos que se relacionen con la competencia del servicio en que se desempeñan cuando actúan en el campo particular y han de evitar que sus prerrogativas o esferas de influencia se proyecten en su actividad particular”⁴⁷.

Asimismo, se sostiene que “la disposición aprobada por la Cámara de Diputados consagra, como regla general, que no existe incompatibilidad entre la función pública y el ejercicio de una profesión, oficio, industria o comercio de carácter particular”⁴⁸. En este sentido, la regla general sería la compatibilidad entre la función pública y una actividad particular, sin embargo, además es un objetivo del legislador el proteger la probidad de los funcionarios públicos, impidiendo que ejerzan actividades particulares que pudieran afectar su desempeño funcionario y para esto se señalan ciertas incompatibilidades entre actividades particulares y el ejercicio de la función pública.

Una de ellas, dice relación con el horario de trabajo (sólo pueden realizarse actividades fuera de la jornada de trabajo y con recursos privados) y la segunda tiene que ver netamente con la imposibilidad de desarrollar actividades que deban ser analizadas, informadas o resueltas por ellos mismos o por el organismo público a que pertenezcan, así como la imposibilidad de representar

⁴⁷ Historia de la Ley 19.653, p.391.

⁴⁸ *Ibidem*, p.680

a un tercero en acciones civiles deducidas en contra de un organismo de la Administración del Estado.

En este contexto, cabe preguntarse si la actuación de un defensor penal público chileno representando un caso ante el SIDH perturba “*el fiel y oportuno cumplimiento de sus deberes funcionarios*” y si se encuentra dentro de las hipótesis de incompatibilidad del artículo 56 de la LOCBGAE.

Si nos encontramos ante la hipótesis de que un defensor penal público esté llevando un caso chileno de carácter penal y desea acceder ante el SIDH, esta norma no supondría una limitación, puesto que —como vimos— dicho ejercicio formaría parte de su función como defensor penal público mediante la idea de la integridad y continuidad en la defensa, y por tanto, no sería una actividad ajena al desempeño de la función que impida el oportuno cumplimiento de los deberes funcionarios.

Sin embargo, existe otra hipótesis más compleja, y es la posibilidad de que un defensor penal público lleve ante el SIDH un caso que no está representando en Chile. En dicha hipótesis, hay que preguntarse si se ve afectado el fiel y oportuno cumplimiento de los deberes funcionarios y si esta actividad no sería incompatible con el cargo en virtud del artículo 56 de la LOCBGAE.

Por fidelidad con el cargo, debe entenderse que se debe actuar con probidad⁴⁹ y esta es entendida en virtud de esta Ley como observar “*una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preminencia del interés general sobre el particular*”⁵⁰.

En el desarrollo de este informe, hemos visto que la actuación ante el SIDH contempla la representación de casos en que se puedan haber visto vulnerados derechos fundamentales, cuestión que es de interés público, toda vez que expresa la necesidad colectiva de respeto a los derechos humanos como base de un Estado democrático de derecho. En este sentido, el acceso de un defensor penal público ante el SIDH en un caso que no esté representando en Chile, no afectaría la fidelidad del cargo entendida como probidad administrativa, puesto que no están sus intereses particulares en juego, sino por el contrario, se estaría desarrollando una labor de interés público compatible con sus funciones.

Además, siguiendo en el análisis del artículo 56 de la LOCBGAE, la actividad de dicho defensor penal público se desarrollaría fuera de la jornada de trabajo. Asimismo, no es una función que luego deba ser “*analizada, informada o resuelta por él mismo o por el organismo*”, puesto que la representación ante el SIDH supone que un órgano internacional (la Comisión IDH o la Corte IDH) son quienes examinarán finalmente el caso presentado y no la defensoría penal pública o el defensor público por sí mismo (ya que su labor es sólo representa-

⁴⁹ Esto emana de la historia de la Ley 19.653.

⁵⁰ Art.52 inc. 2 LOCBGAE

tiva). En efecto, la defensoría penal pública no tomaría conocimiento de la situación si no es un caso que esté llevando autónomamente. Finalmente, podemos extender el análisis realizado en el apartado 5.3 de este informe a este caso, puesto que la representación de un tercero en acciones civiles en contra de un organismo de la Administración del Estado, es de naturaleza procesal distinta a la que se ejerce ante el SIDH.

6. Conclusiones: Acerca de la posibilidad de que defensores penales públicos chilenos representen un caso chileno ante el SIDH

Tras el análisis de los alcances del derecho a defensa técnica en el sistema nacional, se puede sostener que éste comprende la defensa desde la primera actuación en el procedimiento hasta la instancia internacional. Esto se desprende tras el análisis de las normas que regulan la Defensoría Penal Pública y sus objetivos, las disposiciones propias del CPP y la jurisprudencia. En efecto, no se concibe el efecto útil de los derechos fundamentales si estos no pueden ser ejercidos plenamente y sin discriminación.

En este sentido, es posible la actuación de los defensores penales públicos chilenos —respecto a la defensa de un caso chileno— ante el SIDH desde la perspectiva del derecho a la defensa técnica tal y como está regulada en Chile. Asimismo, dicha labor no implicaría una violación a las facultades de dichos funcionarios públicos en relación a las **prohibiciones estatutarias que les asisten** (artículo 84 c) del Estatuto Administrativo y artículo 56 de la LOCBGAE).

En efecto, respecto del artículo 84 letra c) del Estatuto Administrativo, el análisis del objetivo y alcance de la norma que establece prohibiciones, nos muestra que se puede sostener que respecto a la hipótesis en análisis, no existe conflicto en el desarrollo de la actividad de defensor penal público que represente un caso chileno ante el SIDH, ya que dicha función no está prohibida por el estatuto administrativo al no ser ésta una acción de naturaleza civil, ni persigue un fin pecuniario que se constituya en contra de los intereses del Estado. Por el contrario, mediante la labor de representación ante el SIDH se vela por los intereses del Estado en la obtención de una sentencia justa y conforme a las garantías del debido proceso.

Asimismo, las prohibiciones establecidas en el artículo 56 de la LOCBGAE no asistirían al defensor penal público que está llevando un caso en Chile y acude al SIDH, ya que el principio de la continuidad en la defensa, hace que la representación no sea ajena al desempeño de su cargo funcionario. Por su parte, la representación de un caso penal ante el SIDH por parte de un defensor penal público que no está conociendo de dicho caso por intermedio de la Defensoría Penal Pública, tampoco vulneraría el artículo 56, puesto que pese a estar

desarrollando una actividad particular, ésta posteriormente no será revisada o resuelta por el organismo del cual forma parte el defensor.

B. LA DEFENSA DE CASOS COMO PARTE DE LA FIGURA DEL DEFENSOR INTERAMERICANO

En este apartado, analizaremos las posibilidades de implementación de la figura del defensor interamericano en el ordenamiento jurídico chileno. Para esto, se hace un análisis preliminar de las obligaciones que tiene el Estado de Chile en materia de cooperación con organismos internacionales de protección de derechos humanos, así como la regulación de la figura del defensor interamericano en los organismos de protección. Luego, analizaremos la operatividad jurídica de la figura en nuestro derecho chileno.

Se distinguirá un caso en el cual un defensor interamericano chileno es nombrado para representar a una víctima extranjera y un caso en el cual un defensor interamericano chileno representa a una víctima chilena en un caso de carácter no penal.

El estudio de la cooperación internacional y del ordenamiento jurídico chileno, nos aportará elementos para aseverar que existe una legitimidad normativa e institucional que hace posible la operatividad de la figura en Chile.

7. Análisis de la representación jurídica y administrativa ante los organismos internacionales de derechos humanos

7.1. La representación ante organismos como parte de la obligación de cooperar

Además de las obligaciones generales que asume el Estado al ratificar la CADH y que fueron analizadas en el apartado 2.3 de este informe, existe una obligación adicional para los Estados de cooperar con los órganos internacionales que los controlan. Esta obligación deriva, de manera general, de su calidad de partes del tratado respectivo y de la existencia del principio de derecho internacional que obliga a los Estados a cumplir los tratados de buena fe. Esta obligación aparece específicamente en la CADH. En efecto, el artículo 41.d⁵¹ de la CADH confiere a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la facultad de solicitar de los Estados miembros de la OEA que le

⁵¹ Artículo 41.d CADH: La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones: [...] d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos.

proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos y el artículo 48, que regula el procedimiento de las comunicaciones individuales ante la CIDH, dispone que el Estado deberá enviar las informaciones que le solicite la Comisión dentro de un plazo razonable y que, en caso de que la Comisión decida realizar una investigación, “*los Estados interesados le proporcionarán todas las facilidades necesarias*”⁵².

El nuevo Reglamento de la Corte IDH dispone en su artículo 26 que los Estados partes en un caso “*tienen el deber de cooperar*” para que se cumplan todas las diligencias ordenadas por ella⁵³:

⁵² Artículo 48 CADH: 1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:

- a) si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso;
- b) recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente;
- c) podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes;
- d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias;
- e) podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados;
- f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.

2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad.

⁵³ Ver artículo 26 del Reglamento aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. Cabe precisar que el primer Reglamento de la Corte fue aprobado por el Tribunal en su III Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 30 de junio al 9 de agosto de 1980; el segundo Reglamento fue aprobado en su XXIII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 9 al 18 de enero de 1991; el tercer Reglamento fue aprobado en su XXXIV Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996; el cuarto Reglamento fue aprobado en su XLIX Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000, el cual fue reformado en su LXI Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003, y en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009. En consecuencia, el texto actualmente vigente vendría a ser el Quinto Reglamento.

“1. Los Estados partes en un caso tienen el deber de cooperar para que sean debidamente cumplidas todas aquellas notificaciones, comunicaciones o citaciones dirigidas a personas que se encuentren bajo su jurisdicción, así como el de facilitar la ejecución de órdenes de comparecencia de personas residentes en su territorio o que se encuentren en el mismo.

2. La misma regla es aplicable respecto de toda diligencia que la Corte decida practicar u ordenar en el territorio del Estado parte en el caso.

3. Cuando la ejecución de cualquiera de las diligencias a que se refieren los numerales precedentes requiera de la cooperación de cualquier otro Estado, la Presidencia se dirigirá al Estado respectivo para solicitar las facilidades necesarias”

Esta faceta de la obligación de cooperar es, pues, clara e implica el proporcionar información oportuna, pertinente y veraz respecto de la situación general de los derechos humanos en el Estado o respecto de un hecho particular del que el órgano internacional esté conociendo. En esta materia, la posición constante de los órganos de supervisión es la de que son los Estados los únicos que están en condiciones de proveerlos con los datos necesarios para que ellos puedan evaluar si cumplen o infringen las normas internacionales⁵⁴.

Como consecuencia de esta posición, el Reglamento de la CIDH dispone en su artículo 38, que:

“Se presumirán verdaderos los hechos alegados en la petición cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Estado en cuestión, si éste no suministra información relevante para controvertirlos dentro del plazo fijado por la Comisión conforme al artículo 37 del presente Reglamento siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria”⁵⁵.

⁵⁴ El Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, ha decidido en innumerables casos de violaciones individuales conocidos en virtud de la competencia que le otorga el Protocolo Facultativo del Pacto, que el Estado no cumple con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos si sólo refuta una denuncia en términos generales, no proporcionando información específica al Comité, en la forma de “respuestas concretas y pruebas pertinentes” respecto de las medidas que ha adoptado para investigar la violación denunciada. Ver: Comité de Derechos Humanos. *Caso Santillo contra Uruguay*, Comunicación N° 9/1977, en: Comité de Derechos Humanos, *Selección de Decisiones Adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo*, (2° y 16° períodos de sesiones), párr. 7 y 10 y Comité de Derechos Humanos. *Caso García Lanza, Weismann de Lanza y Lanza Perdomo contra Uruguay*, Comunicación 8/1977, en *Ibidem*, párr. 15.

⁵⁵ Reglamento CIDH. Art. 38. El actual Reglamento fue aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009. La Comisión, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el Caso Velásquez Rodríguez, ha argumentado sin hacer expresa referencia al artículo 39 de su reglamento que “el silencio del demandado o su contestación elusiva o ambigua pueden interpretarse como aceptación de los hechos de la demanda, por lo menos mientras lo contrario no aparezca de los autos o no resulte

Pero la obligación de cooperar no se agota en la producción y entrega de información, sino que en colaborar para que los órganos de la Convención puedan cumplir adecuadamente con sus funciones. De esta forma, son los propios Estados y Chile dentro de ellos, quienes diseñan a través de distintos instrumentos la forma en que se desarrolla el control internacional de derechos humanos en el marco de la OEA, fijan objetivos generales en la Carta de la Organización, establecen mecanismos y procedimientos específicos en la CADH y otros instrumentos específicos sobre la materia e incluso detallan la forma en que los órganos del sistema ejercen sus funciones en los estatutos de la Comisión y Corte IDH. Además, el SIDH contempla que los órganos de protección de derechos humanos dispongan la forma en que se cumplirán sus funciones a través de los reglamentos que regulan el detalle institucional y procedimental⁵⁶. Es decir, estamos ante un sistema unitario y coherente de normas relativas al pleno cumplimiento de las funciones asignadas a los órganos del sistema que obligan a los Estados y por tanto, estos deben actuar de buena fe y cooperar para que dicho sistema se desarrolle adecuadamente y pueda cumplir con sus fines específicos.

Por tanto, en la medida que el SIDH contemple la posibilidad de actuaciones jurisdiccionales, los Estados están comprometidos a cooperar para que estas funciones puedan desarrollarse en los términos que definen los órganos en el campo de su competencia. De ahí se colige que la representación en casos contenciosos es parte de la efectividad de los procedimientos ante el SIDH y especialmente ante la Corte IDH⁵⁷. No sería una interpretación de buena fe ni útil aquella que estableciera un órgano jurisdiccional, se diseñara un procedi-

de la convicción judicial" (Corte IDH. "*Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*". Sentencia de 26 de junio de 1987, párr. 138). Ver, CIDH. Informe N° 4/05, Petición 462/04, Admisibilidad, Asmeth Yamith Salazar Palencia (Colombia), 22 de febrero de 2005, publicado en OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 7, 27 febrero 2006, Original: Español, párr.17. Informe N° 23/05, Petición 204/04, Admisibilidad, Narciso Barrios y Otros, (Venezuela), 25 de febrero de 2005, publicado en OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 7, 27 febrero 2006, Original: Español, párr.30. Informe N° 49/05, Petición 95/03, Prince Pinder, Admisibilidad, (Commonwealth De Bahamas), 12 de octubre de 2005, publicado en OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 7, 27 febrero 2006, Original: Español, párr. 21. Informe N° 64/05, Petición 445/05, Admisibilidad, Yvon Neptuno, (Haití), 12 de octubre de 2005, publicado en OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 7, 27 febrero 2006, Original: Español, párr.26. Informe N° 72/05, Petición 546/04, Admisibilidad, Juan Eneñas Daza Carrillo, (Colombia), 13 de octubre de 2005, publicado en OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 7, 27 febrero 2006, Original: Español, párr.13. En un sentido más restrictivo, CIDH, Informe N° 28/96, Caso 11.297, Juan Hernández (Guatemala), 16 de octubre de 1996, publicado en OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev, 14 marzo 1997. Original: Español, párr. 45.

⁵⁶ Artículo 39 CADH: "*La Comisión preparará su Estatuto, lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su propio Reglamento*" y artículo 60 CADH: "*La Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su Reglamento*".

⁵⁷ Una interpretación en este sentido, acerca del papel que debe jugar la comunidad internacional en la cooperación con los organismos de protección en: Corte IDH. "*Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*". Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr.128-131.

miento asociado y luego se hiciera una interpretación de las normas internas del Estado que no permitiera que dicho órganos actúe conforme a las reglas que legítimamente se ha dado para hacerlo con plena garantía de todas las partes involucradas. Menos aun cuando el propio Estado, a través de sus órganos internos ha avalado dicho diseño institucional, como ocurre con Chile y su participación ante la Corte IDH.

7.2. Las funciones implícitas para cumplir con los objetivos

En el derecho internacional de las organizaciones internacionales existe la “*doctrina de los poderes implícitos*”, que postula que deben entenderse incorporadas a las facultades de toda organización aquéllas que les sean indispensables para cumplir con sus objetivos, así no estén ellas expresamente estipuladas en su norma constitutiva⁵⁸.

En este sentido, respecto a los derechos y obligaciones de una entidad internacional, la Corte Internacional de Justicia se refirió al punto en relación a la Organización de Naciones Unidas:

“Según el derecho internacional, debe estimarse que la Organización tiene los poderes que, si bien no están establecidos expresamente en la Carta, han sido conferidos a ella por necesaria implicación como los necesarios para el desarrollo de sus obligaciones”⁵⁹.

Si hacemos extensiva esta teoría al ámbito del SIDH, podemos sostener que dado que el fin último del sistema es la protección de los derechos fundamentales, para lograr este cometido se debe entender que los organismos interamericanos poseen facultades (poderes implícitos) tales como crear la figura del defensor interamericano en su Reglamento para cumplir adecuadamente con su función. Esta figura es vital para la protección de los derechos humanos, toda vez que garantiza que la presunta víctima tenga una defensa técnica que haga valer sus derechos ante la Corte.

Como vimos en el apartado anterior, es deber de los Estados cooperar con los órganos de los cuáles forman parte. Por tanto, si la creación de la figura del defensor interamericano es parte de un fin último que es lograr la protección efectiva de los derechos humanos, el Estado debe colaborar de buena fe permitiendo la ejecución de dicha labor por parte de los defensores. Esto es fundamental, ya que si a una organización internacional determinada se le otorgan ciertas funciones y se le fijan ciertos objetivos, es necesario concluir que los Estados miembros han deseado también otorgarle todos los poderes

⁵⁸ BROWNLEE, I. *Principles of public international law*. Quinta edición, Oxford University Press, 1998, pp. 687-689.

⁵⁹ Corte Internacional de Justicia. *Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*. Opinión Consultiva de 11 abril de 1949, p.188.

necesarios al cumplimiento de dichas funciones y objetivos, en última instancia la teoría de los poderes implícitos se remite a la voluntad soberana de los Estados que han creado la organización⁶⁰.

7.3. El diseño institucional ante el SIDH: Convención – Estatutos – Reglamentos

Para poder entender la legitimidad normativa de la figura del defensor interamericano y en virtud de qué instituciones jurídicas emana, debemos explicar el diseño institucional del SIDH.

La CADH crea la Corte IDH⁶¹ y los Estados ratifican su competencia para conocer de asuntos jurisdiccionales⁶². Los Estatutos de la Corte IDH son aprobados por la Asamblea General⁶³ de la OEA y regulan su funcionamiento, es decir, los procedimientos y facultades de la Corte; y los reglamentos aprobados por ésta⁶⁴, concretan o permiten la implementación de sus funciones. De esta forma, hay un entramado jurídico unitario que integra a la CADH, al Estatuto de la Corte IDH y a su Reglamentos, regulando el sistema⁶⁵.

El defensor interamericano se crea a través del reglamento de la Corte IDH como una forma de dar eficacia al mandato de protección de los derechos fundamentales. Por tanto, si debemos mirar como un todo el diseño institucional de la Corte IDH y el Estado de Chile es parte de este sistema, está vinculado a dicho diseño y está obligado a cooperar con éste y a facilitar la implementación de los mecanismos que éste sistema ha creado.

7.4. La figura del Defensor Interamericano

La figura del defensor interamericano surge a propósito de la reforma al reglamento que regula el funcionamiento de la Corte IDH en busca de una mejor

⁶⁰ PEÑA, Félix. *Las sanciones en el sistema interamericano. La expulsión de un estado miembro de la Organización de los Estados Americanos*. Tesis de posgrado, Universidad de Madrid, 1966. Disponible en: <http://www.felixpena.com.ar/index.php?contenido=tesis&tesis=tesis-madrid/madrid&parte=parte-3/tp-capitulo-3d>

⁶¹ CADH, artículo 33.

⁶² CADH, artículo 62. 1: "Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención".

⁶³ CADH, artículo 60.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Más detalles en torno al funcionamiento institucional del sistema interamericano en: MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2007.

protección de los derechos de las personas que litigan ante el SIDH⁶⁶. En la exposición de motivos de esta reforma reglamentaria se destaca que la incorporación de esta figura tiene por objetivo garantizar que toda presunta víctima tenga un abogado que haga valer sus intereses ante la Corte y se evita que las razones económicas impidan contar con representación legal. Por otro lado, se busca evitar que la CIDH tenga una posición dual ante la Corte, de representante de víctimas y de órgano del sistema⁶⁷.

Tras la reforma, la figura del defensor interamericano quedó consagrada en el artículo 37 en los siguientes términos: “*En casos de presuntas víctimas sin representación legal debidamente acreditada, el Tribunal podrá designar un Defensor Interamericano de oficio que las represente durante la tramitación de caso*”. La labor del defensor interamericano, se complementa con la creación el año 2008⁶⁸ de un “*Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, que tiene como objeto facilitar el acceso al SIDH para aquellas personas que actualmente no tienen los recursos necesarios para llevar su caso al sistema.

La Corte ha considerado que para la efectiva defensa de los derechos humanos y la consolidación del Estado de Derecho es necesario, entre otros, que se asegure a todas las personas las condiciones necesarias para que puedan acceder a la justicia tanto nacional como internacional y hagan valer efectivamente sus derechos y libertades. El proveer asistencia legal a aquellas personas que carecen de recursos económicos o que carecen de presentación legal evita, por un lado, que se produzca una discriminación en lo que respecta al acceso a la justicia, al no hacer depender ésta de la posición económica del justiciable y, por otro lado, permite una técnica y adecuada defensa en juicio⁶⁹.

La operatividad de esta figura se ha desarrollado a través del acuerdo de entendimiento entre la Corte IDH y la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), que explicaremos en el apartado siguiente.

⁶⁶ Esta reforma reglamentaria fue aprobada por la Corte en su LXXXV periodo ordinario de sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre del año 2009.

⁶⁷ MEDINA, Cecilia. *Modificación de los reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al procedimiento de peticiones individuales ante la Corte*. En: Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2011, pp. 117-126.

⁶⁸ AG/RES. 2426 (XXXVIII-O/08). “*Creación del fondo de asistencia legal del sistema interamericano de derechos humanos*”, aprobado en la cuarta sesión plenaria el 3 junio del año 2008. Este se implementó a través de un reglamento de la Asamblea general el año 2009 (OEA, Consejo Permanente, Resolución CP/RES. 963 de 11 noviembre de 2009 que aprobó el Reglamento para el funcionamiento del Fondo de asistencia legal del sistema interamericano de derechos humanos). Asimismo, tanto la CIDH como la Corte IDH establecieron reglamentos para regular su funcionamiento.

⁶⁹ Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, año 2010, pág.18.

7.5. El acuerdo entre la Corte IDH y AIDEF

Para poner en funcionamiento la figura del defensor interamericano, la Corte IDH firmó un acuerdo de entendimiento con AIDEF bajo la consideración de que ambas instituciones *“cumplen una importante misión en el ámbito de la justicia en sus respectivos campos de competencia, por lo que es necesario coordinar sus esfuerzos para garantizar el acceso a la justicia interamericana de aquellas personas que carecen de representación legal y de este modo garantizar una efectiva defensa ante la misma”*⁷⁰.

La AIDEF, es una institución de carácter civil, no lucrativa y apolítica. Está integrada por instituciones estatales de defensorías públicas y asociaciones de defensores públicos de América. Esta asociación, se constituyó en el contexto del II Congreso Interamericano de Defensorías Públicas el 18 de octubre del año 2003. Chile concurrió a firmar su acta constitutiva, así como a ratificar sus estatutos el año 2009.

En sus estatutos, se define que sus fines son:

1. Defender la plena vigencia y eficacia de los derechos humanos y las garantías reconocidas por los acuerdos, los tratados internacionales, las constituciones y las Leyes internas, en el ámbito de competencia de la Defensa Pública;
2. Establecer un sistema permanente de coordinación y cooperación interinstitucional de las Defensorías Públicas de las Américas y el Caribe;
3. Promover la necesaria asistencia y representación de las personas y los derechos de los justiciables que permitan una amplia defensa y acceso a la justicia con la debida calidad y excelencia toda vez que sea requerida;
4. Propiciar que las legislaciones existentes en los países americanos y del Caribe y sus reformas respeten y hagan efectivas las garantías contempladas en los tratados internacionales de Derechos Humanos, especialmente aquellas que protegen los derechos de los grupos vulnerables;
5. Propender a la independencia y autonomía funcional de las Defensorías Públicas para el pleno ejercicio del derecho a la defensa de las personas; y,
6. Apoyar el fortalecimiento institucional de las Defensorías Públicas en equilibrio con los que ejercen las funciones acusatorias del Estado.

Es en concordancia con estos fines, que se suscribió el acuerdo de entendimiento con la Corte IDH.

En primer lugar, se estableció que *“en aquellos casos en que presuntas víctimas que carecen de recursos económicos o de representación legal ante la*

⁷⁰ Consideraciones preliminares del “Acuerdo de entendimiento entre la Corte IDH y la AIDEF”, 25 de septiembre del año 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, será la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas quien designe al defensor/a pública perteneciente a la AIDEF para que asuma su representación y defensa legal durante todo el proceso con el objeto que los derechos de ésta sean efectivamente garantizados (artículo primero). Así, queda a cargo de la AIDEF la designación del defensor que ejercerá las funciones de defensor interamericano en un caso particular. Esto se hace operativo mediante la comunicación que emite la Corte IDH al coordinador/a general de la AIDEF de la necesidad de que se designe un defensor interamericano. El coordinador, debe nombrar a un defensor en el plazo de 10 días y la Corte comunicará a la víctima el nombre del defensor designado para su caso (artículo segundo).

En el marco de este acuerdo de entendimiento se establece que la labor realizada por el defensor interamericano será gratuita, sólo pudiéndose cobrar los gastos que la defensa origine. Estos gastos pueden ser cubiertos por el “Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” a que hemos hecho referencia en el apartado anterior.

Este acuerdo de entendimiento entró en vigor el 1 de enero del año 2010 y fue firmado por la Presidenta de la Corte IDH (Cecilia Medina Q.) y por la Coordinadora de América del Sur de AIDEF (Stella Maris Martínez). Firmaron este acuerdo de entendimiento, en calidad de testigos de honor, otros miembros de la AIDEF, entre ellos Paula Vial, ex defensora nacional del Estado de Chile.

El año 2001, en dos casos contra Argentina se ha designado defensores interamericanos. En un primer caso “Forlán vs. Argentina” se nombraron dos defensores de la AIDEF, una defensora Argentina (María Fernanda López Puleio) y uno uruguayo (Andrés Mariño). En un segundo caso “Mohamed vs. Argentina” se designó a un defensor argentino (Gustavo Vitale) y a uno paraguayo (Marcelo Torres).

8. Posibilidad de que funcionarios públicos chilenos ejerzan la representación de extranjeros ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el presente apartado dilucidaremos la interrogante acerca de si funcionarios públicos chilenos (en este caso, defensores penales públicos) pueden ejercer la representación de extranjeros ante el SIDH mediante la figura del defensor interamericano. Para esto, tomaremos los elementos desarrollados en el apartado anterior acerca de la obligación de cooperación de los Estados y analizaremos en concreto, la regulación administrativa chilena y las posibilidades que ésta brinda para el desarrollo de la actividad del defensor interamericano.

8.1. Las obligaciones que surgen de ser parte del sistema internacional

Como vimos en los apartados anteriores, una de las obligaciones que tiene el Estado de Chile, es la de cooperar con los organismos de protección de derechos humanos de los cuales es parte. Esto emana de su calidad de parte del tratado respectivo, así como del imperativo de derecho internacional de cumplir las obligaciones internacionales de buena fe. Lo anterior, trae como consecuencia —como vimos— que si debemos mirar como un todo el diseño institucional de la Corte IDH y si el Estado de Chile es parte de este sistema, está vinculado a dicho diseño y por tanto, debe cooperar con éste y facilitar la implementación de los mecanismos que el sistema ha creado, entre los cuales se contempla la figura del defensor interamericano.

Teniendo en consideración este punto fundamental para entender las obligaciones del Estado chileno como parte del sistema internacional, es que resulta prudente analizar su compatibilidad con el derecho chileno, toda vez que cumplir con dicho cometido ya es un imperativo internacional.

8.2. No es incompatible con el derecho chileno

Para aseverar con certeza que la labor del defensor penal público —como defensor interamericano— en relación con la posible defensa de casos de extranjeros, es una tarea que no es incompatible con el ordenamiento jurídico chileno, debemos analizar las posibilidades que brinda el Estatuto Administrativo.

Para la hipótesis en cuestión es necesario realizar un análisis de ámbitos de actuación, toda vez que ejercer representación de víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas por terceros Estados ante el SIDH se encuentra fuera de las facultades directas de los defensores penales públicos chilenos (a diferencia de la primera hipótesis que sí se encuentra dentro de sus facultades en virtud del principio del continuo en la defensa).

En efecto, existe una posibilidad que brinda el ordenamiento jurídico chileno, para que funcionarios públicos chilenos desarrollen labores que se encuentran fuera de su ámbito competencial directo (aunque propias de su labor), que es la figura de la comisión de servicio, regulada en los artículos 75, 76 y 77 del Estatuto Administrativo en los siguientes términos:

Artículo 75 "Los funcionarios públicos podrán ser designados por el jefe superior de la respectiva institución, en comisión de servicio para el desempeño de funciones ajenas al cargo, en el mismo órgano o servicio público o en otro distinto, tanto en el territorio nacional como en el extranjero. En caso alguno estas comisiones podrán significar el desempeño de funciones de inferior jerarquía a las del cargo, o ajenas a los conocimientos que éste requiere o a la institución [...]

Artículo 76 “Los funcionarios no podrán ser designados en comisión de servicio, durante más de tres meses, en cada año calendario, tanto en el territorio nacional como en el extranjero.

No obstante, las comisiones podrán ser renovadas por iguales períodos pero no más allá de un año. En casos calificados, por decreto supremo fundado, el Presidente de la República podrá extender el período de las comisiones de servicio hasta un plazo máximo de 2 años. Vencidos estos plazos los funcionarios no podrán ser designados nuevamente en comisión de servicio, hasta que transcurra el plazo mínimo de un año [...]

Artículo 77 “Cuando la comisión deba efectuarse en el extranjero, el decreto que así lo disponga deberá ser fundado, determinando la naturaleza de ésta y las razones de interés público que la justifican, a menos de tratarse de misiones de carácter reservado, en que será suficiente establecer que el funcionario se designa en misión de confianza. En todo caso, el decreto especificará si el funcionario seguirá ganando en su totalidad o en parte de ellas las remuneraciones asignadas a su cargo u otras adicionales, en moneda nacional o extranjera, debiendo indicarse la fuente legal a que deba imputarse el gasto y el plazo de duración de la comisión.

El decreto llevará, además, la firma del Ministro de Relaciones Exteriores”.

Las comisiones de servicio, según ha entendido la Contraloría General de la República, han de ser concebidas como el ejercicio de ciertas tareas ajenas al empleo que se ocupa, aunque propias del organismo en que se desempeña el servidor de que se trata y para las cuales éste posee conocimientos que le permiten realizarlas en forma adecuada⁷¹.

La característica esencial de esta figura radica en que constituir una orden para realizar una labor distinta de la que le corresponde desarrollar al agente público de acuerdo con su acto de nombramiento. En otras palabras, la comisión de servicio constituye una figura jurídica que por esencia supone el cambio de funciones del empleado respecto del cual se ordena⁷².

En síntesis, las comisiones de servicio poseen las siguientes características⁷³:

- Son producto de las facultades de la autoridad administrativa.
- Son obligatorias.

⁷¹ CGR. Dictámenes 42.521(1967), 81.494 (1968), 30.304 (1981), 1.013 (2000).

⁷² CGR. Dictámenes 12.614 (1978), 29.382 (1993), 35.255 (2000).

⁷³ Ver: PANTOJA BAUZÁ, Rolando. *Estatuto administrativo interpretado. Actualizado, coordinado y sistematizado*, Tomo I. Séptima edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007; PEÑA RIQUELME, Máximo. *Jurisprudencia administrativa sobre destinaciones, comisiones de servicio y cometidos funcionales*. Tesis de la Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1980.

- Son de carácter transitorio.
- Tienen por objeto el ejercicio de funciones ajenas al empleo que ocupa el funcionario comisionado.
- Pueden ordenarse para prestar funciones dentro o fuera del Servicio y dentro o fuera del país.
- El funcionario conserva el empleo que sirve en calidad de titular.
- Debe mantenerse la jerarquía del funcionario objeto de la comisión.

La hipótesis en cuestión, permite la utilización de la figura de la comisión de servicio como salida institucional del sistema para legitimar la posibilidad de actuación de los defensores públicos chilenos como defensores interamericanos en casos extranjeros, en virtud de las siguientes consideraciones:

- a) La labor de defensor interamericano en la representación de casos contra terceros Estados ante la Corte Interamericana es una función ajena al cargo de defensor penal público. En este sentido, mediante la habilitación de la comisión de servicio, podría ejercer legalmente una labor diversa de su cargo, pero que no es ajena a los conocimientos del cargo ni es de inferior jerarquía, como lo requiere el artículo 76 del Estatuto Administrativo.
- b) Es una función que se puede desarrollar en un servicio público distinto y en el extranjero. En particular, la función del defensor interamericano requiere que ésta se realice en la Corte IDH mediante audiencias, entre otras actividades procesales.
- c) La comisión de servicio —en virtud del artículo 77 del Estatuto Administrativo— debe ser efectuada en periodos limitados de tiempo. En efecto éstas no pueden extenderse a más de dos años (con autorización del Presidente de la República). Los cargos de defensores públicos interamericanos tienen una extensión de dos años, sin embargo, para el desarrollo de la labor propiamente tal, ésta sólo requiere determinados períodos fuera del país para la comparecencia en audiencias, sin que se requiera ejercer los dos años seguidos la función de manera ininterrumpida. Por tanto, el límite temporal también permite el uso de esta figura institucional para desarrollar la labor de defensor interamericano.
- d) Utilizar la comisión de servicio como habilitación institucional, permite salvaguardar las objeciones que se puedan plantear en torno a la legalidad de la actuación del defensor interamericano. En efecto, los servicios públicos deben cumplir las funciones que le impone la Ley, por lo que si en el cumplimiento de estas funciones deben disponer de una comisión de servicio que beneficia a otra repartición o a un particular, este hecho no afecta la legalidad

de la comisión ordenada ni la obligación que pesa sobre ellos de sufragar los gastos que demande su cumplimiento⁷⁴.

- e) Respecto a la interpretación que ha hecho la jurisprudencia, en torno a la extensión de esta figura a otros organismos, se ha señalado cómo única limitación, que no se puede designar en comisión de servicio, a un funcionario público en una institución particular⁷⁵. En este sentido, la labor del defensor interamericano se hace ante un organismo internacional del cual Chile es parte, por lo que la prohibición en cuanto a la extensión del servicio no aplicaría en este caso.

8.3. Operatividad de la figura de la comisión de servicio para el caso de defensores interamericanos chilenos

¿Cómo funcionaría —en concreto— la habilitación del estatuto administrativo de la figura de comisión de servicio para defensores públicos interamericanos que representan casos de extranjeros ante el SIDH?

En primer lugar, las comisiones de servicio al extranjero serán dispuestas mediante un decreto supremo emitido bajo la fórmula “Por Orden del Presidente de la República” por el Director Superior del servicio y con la firma del Ministro de Relaciones Exteriores⁷⁶. Esto se debe hacer mediante decreto que deberá ser fundado, determinando la naturaleza de la comisión de servicio y las razones de interés público que la justifican. Para esto, es útil hacer referencia a lo que hemos señalado en cuanto a la obligación de cooperar del Estado chileno con el SIDH y respecto a los acuerdos entre la AIDEF, la Corte IDH y el Estado de Chile en calidad de Estado parte de dichas asociaciones.

En segundo lugar, debe señalarse claramente la fuente legal de financiamiento de dichas comisiones de servicio, de manera que si son pagadas total o parcialmente por entidades extranjeras, debe identificarse el organismo que paga el beneficio y la ayuda que presta⁷⁷. En este sentido, como la labor del defensor interamericano es apoyada en parte, por el Fondo de Asistencia Legal de Víctimas del SIDH, deberá especificarse esta circunstancia. Esto, sin perjuicio de que los sueldos y demás remuneraciones del comisionado son de cargo de la institución a que pertenece⁷⁸.

⁷⁴ CGR. Dictamen 36.623 (1965).

⁷⁵ CGR. Dictámenes 68.344 (1960), 79.195 (1968), 4.126 (1990), 28.741 (1995), 1.088 (1996), 35.255 (2000).

⁷⁶ Artículo 75-77 Estatuto Administrativo. La armonización de ambos artículos se puede encontrar en el dictamen N° 31.879 de 1989, explicado en: PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *Op.cit.* p.564.

⁷⁷ CGR. Dictamen 2.978 (1996).

⁷⁸ CGR. Dictamen 31.114 (2001), 51.032 (1966), 43.987 (1969), 2.899 (1978), 1.673 (1990).

Asimismo, las funciones que ha de desempeñar el funcionario designado en comisión de servicio deben estar específicamente determinadas en el acto de designación⁷⁹, así como debe indicarse el límite temporal de sus funciones⁸⁰.

9. Posibilidad de que defensores interamericanos chilenos representen casos nacionales de carácter no penal

Hasta el momento, hemos estudiado dos hipótesis: primero, la posibilidad de que defensores penales públicos chilenos lleven un caso penal chileno ante el SIDH y segundo, la posibilidad de que defensores interamericanos chilenos representen a una víctima extranjera ante el SIDH por violaciones cometidas por un tercer Estado.

Sin embargo, existe una tercera hipótesis, que es la posibilidad de que defensores penales públicos chilenos —actuando como defensores interamericanos— representen un caso chileno de carácter no penal. Por ejemplo, podemos pensar en vulneraciones a la libertad de expresión o faltas al debido proceso en un contencioso administrativo.

En dichos casos, sí es posible que un defensor interamericano acceda al SIDH en virtud de las siguientes consideraciones:

- Es aplicable al caso en cuestión, todo lo que hemos señalado en torno a la obligación del Estado de Chile de cooperar con el sistema internacional. En efecto, la figura del defensor interamericano ha sido creada para asegurar la defensa ante el SIDH por vulneraciones a derechos humanos, y esta ha de contemplar la defensa de todo tipo de casos en que se vean violados dichos derechos. Si el Estado de Chile se ha obligado a cooperar de la forma en que hemos explicado, esta cooperación debe incluir la posibilidad de acceso a la defensa en todo tipo de casos para asegurar el efecto útil de la figura, que tiene por fin último la protección de todos los derechos humanos.
- Además, para salvaguardar la legalidad de los ámbitos de actuación de los defensores penales públicos, se debe aplicar en este caso, la figura de la comisión de servicio. Esto se da porque la defensa de casos no penales es una función ajena al cargo de defensor penal público. De esta forma, se puede llevar a cabo el cometido en virtud de una habilitación legal.
- También es aplicable para este caso, todo lo que hemos señalado en el apartado 5 de este informe en torno a las prohibiciones que establece el Estatuto Administrativo y la LOCBGAE Respecto a las prohibiciones del

⁷⁹ CGR. Dictamen 35.255 (2000).

⁸⁰ Un ejemplo de la operatividad a que hemos hecho referencia, la encontramos en el caso de médicos enviados en comisión de servicio al extranjero. En particular, la circular N° 20 de 10 de mayo del año 2006 del Ministerio de Salud explicita los criterios que desarrollamos.

Estatuto Administrativo, si bien es cierto, se ejerce una pretensión en representación de una víctima, en contra del Estado de Chile, esta no es una acción como la ha conceptualizado el Estatuto —de carácter civil con consecuencias pecuniarias— sino que es una acción que persigue determinar la responsabilidad internacional y restablecer los derechos vulnerados y —en algunos casos— reparar las consecuencias de la violación; y en relación a la LOCBGAE, la función particular que desarrollaría el defensor interamericano en la representación de un caso no penal ante el SIDH, no atentaría contra la probidad administrativa, al ser una actividad que posteriormente no será revisada o resuelta por la defensoría penal pública chilena, sino por organismos internacionales.

10. Conclusiones: Acerca de la posibilidad de que defensores interamericanos chilenos acudan al SIDH

En este apartado se han analizado dos hipótesis diferentes: a) la posibilidad de que un defensor penal público chileno (designado como defensor interamericano) represente a una víctima extranjera por violaciones cometidas por un tercer Estado, y b) la posibilidad de que un defensor interamericano chileno represente un caso nacional de carácter no penal ante el SIDH.

Respecto de la primera hipótesis, sostenemos que es compatible con el derecho chileno ya la figura es operativa mediante la comisión de servicio, que permite a funcionarios públicos chilenos ejercer facultades ajenas a su cargo, en el extranjero. Esto se debe complementar con la obligación que tiene el Estado de Chile de colaborar con el SIDH y con los mecanismos que ha diseñado para implementar sus objetivos.

El segundo caso planteado también es compatible con el derecho chileno, bajo la consideración de que las prohibiciones aplicables a los funcionarios públicos chilenos (establecidas en el Estatuto Administrativo y en la LOCBGAE) no le son aplicables a un defensor penal público que litiga en el SIDH, toda vez que no ejerce una acción de carácter civil ante el sistema, no es el titular del derecho violado y su representación no vulnera la probidad administrativa. Además, como vimos, la hipótesis se puede implementar bajo la habilitación legal de la comisión de servicio, considerando los deberes de colaboración del Estado chileno con los órganos de protección de derechos humanos.

III. CONCLUSIONES GENERALES

El presente informe, tenía por objetivo dilucidar las posibilidades de acceso al SIDH por parte de defensores penales públicos chilenos y defensores interamericanos en el ordenamiento jurídico nacional. En concreto, se analizaron tres hipótesis: a) La posibilidad de que un defensor penal público —en el marco

de un proceso penal— lleve un caso ante el SIDH; b) la operatividad de la figura del defensor interamericano chileno, en casos donde se represente a una víctima extranjera por violaciones cometidas por un tercer Estado; y c) la posibilidad de acceso al SIDH de un defensor interamericano chileno en representación de un caso nacional de carácter no penal.

1. Para dilucidar estas hipótesis, era necesario analizar la relación que existe entre el Estado de Chile y el SIDH, bajo la consideración de que Chile al suscribir tratados internacionales de derechos humanos, asume obligación de respetar, garantizar y no discriminar en el ejercicio de los derechos. Este ejercicio, trae como consecuencia de que cada vez que se mire una interacción entre el Estado y el SIDH se debe hacer bajo la óptica de las obligaciones del Estado con el fin último de dar protección efectiva a los derechos humanos.

Bajo esta mirada, vimos que a toda persona le asiste el derecho a defensa técnica y que esta debe ser garantizada desde el principio del procedimiento hasta la completa ejecución de la sentencia. En este contexto, los defensores penales públicos pueden ejercer todos los derechos y garantías que le asisten al imputado y que —como ha señalado la Corte Suprema chilena— esta defensa es amplia y reconoce la actuación del letrado en todo asunto en que se haga valer o se reclame la conculcación de un derecho.

En este sentido, si una de las posibilidades que tienen las víctimas de violaciones a derechos humanos, es acceder al SIDH y los defensores penales públicos pueden ejercer todos los derechos que le asisten al imputado, puede acceder al SIDH en representación de la víctima. Esto debe mirarse bajo la consideración de que existe un todo unitario en la protección de los derechos fundamentales que incluye la instancia nacional e internacional.

Este desarrollo del derecho a defensa técnica (que incluye la defensa ante el SIDH) es compatible con el régimen funcionario por el cual se rigen los defensores penales públicos, ya que no existe conflicto con las prohibiciones de actuación que establece el Estatuto Administrativo y la LOBGAE.

2. Respecto a las demás hipótesis en estudio, se requería insertar la problemática en el contexto de las relaciones del Estado chileno con el sistema internacional, específicamente con la obligación de cooperación. Ésta contempla no sólo la entrega de información en casos contenciosos que llegan ante el sistema interamericano, sino también implica colaborar para que los órganos de la CADH puedan cumplir adecuadamente con sus funciones.

El sistema de protección diseñado en la CADH contempla que los órganos de protección dispongan la forma en que cumplen con sus mandatos y una de estas formas ha sido la creación de la figura del defensor interamericano, con el fin de asegurar el acceso a la defensa técnica sin discriminación por condición socioeconómica. Chile se ha hecho parte de la implementación de este mecanismo cuando es parte de la AIDEF y suscribe sus objetivos, así

como cuando concurre al acuerdo de entendimiento entre dicha organización y la Corte IDH.

En este sentido, si el Estado de Chile se ha comprometido a colaborar en la forma que hemos descrito con el SIDH, no sería una interpretación de buena fe, permitir que se aleguen disposiciones de derecho interno (no armonizadas con las obligaciones del Estado) para impedir la implementación de la figura del defensor interamericano en Chile.

3. Considerando lo anterior, cuando analizamos la segunda de las hipótesis —representación de una víctima de un tercer Estado— se deben encontrar los mecanismos legales que brinda el ordenamiento para implementar dicha figura, siendo esta la comisión de servicio. Este cometido funcionario permite a funcionarios públicos chilenos, realizar actividades ajenas a su cargo en el extranjero, por disposición del director superior del organismo público.

4. Estas explicaciones son a la vez aplicables a la tercera de las hipótesis —representación de un nacional en un caso no penal— considerando las obligaciones de cooperación del Estado chileno y la habilitación legal que contempla el estatuto administrativo a través de la comisión de servicio.

5. Finalmente, cuando se es parte de un sistema internacional unitario que tiende a la protección de los derechos fundamentales y se han diseñado mecanismos legales e institucionales para cumplir con dichos objetivos, se debe realizar una interpretación de las normas internas que tienda a dar efectividad a la protección de tales derechos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AYALA, Carlos. *La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: Revista de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, 2007, pp.127—201.

BENADAVA, Santiago. *Derecho internacional público*. Quinta edición, Editorial jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1999.

BROWNLIE, I. *Principles of public international law*. Quinta edición, Oxford University Press, 1998.

DAVID, Valeska y NASH, Claudio. *Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos*. En: NASH, Claudio y MUJICA, Ignacio (coords.). *Derechos humanos y juicio justo*. Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos, 2010.

GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal* Tomo II, 3ª edición, 1990.

HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

- MATURANA MIQUEL, Cristián. *Disposiciones comunes a todo procedimiento*, Apuntes de clases, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2009.
- MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge (Editores), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos: El derecho nacional y las obligaciones en materia de derechos humanos*. Cuadernos de análisis jurídico, Serie de publicaciones especiales, Universidad Diego Portales, 1996.
- MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2007.
- MEDINA, Cecilia. *Modificación de los reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al procedimiento de peticiones individuales ante la Corte*. En: Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2011.
- NASH, Claudio. *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*. Editorial Porrúa, México, 2009.
- _____. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988—2007)*. Segunda edición, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2009.
- _____. *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: Tendencias jurisprudenciales*. Editorial Fontamara, México, 2010.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando. *Estatuto administrativo interpretado. Actualizado, coordinado y sistematizado*, Tomos I y II. Séptima edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- PEÑA, Félix. *Las sanciones en el sistema interamericano. La expulsión de un estado miembro de la Organización de los Estados Americanos*. Tesis de posgrado, Universidad de Madrid, 1966.
- PEÑA RIQUELME, Máximo. *Jurisprudencia administrativa sobre destinaciones, comisiones de servicio y cometidos funcionales*. Tesis de la Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1980.
- TAVOLARI, Raúl. *El proceso en acción*. Editorial Libromar, 2000.
- VASQUEZ ROSSI, J. *El proceso penal. Teoría y práctica*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1986.

JURISPRUDENCIA

Contraloría General de la República

Dictamen N° 68.344 de 1960.

Dictamen N° 36.623 de 1965.
Dictamen N° 51.032 de 1966.
Dictamen N° 79.195 de 1968.
Dictamen N° 25.575 de 1975.
Dictamen N° 79.895 de 1976.
Dictamen N° 2.899 de 1978.
Dictamen N° 42.521 de 1967.
Dictamen N° 81.494 de 1968.
Dictamen N° 43.987 de 1969.
Dictamen N° 79.895 de 1976.
Dictamen N° 12.614 de 1978.
Dictamen N° 30.304 de 1981.
Dictamen N° 1673 de 1990.
Dictamen N° 4.126 de 1990.
Dictamen N° 29.382 de 1993.
Dictamen N° 28.741 de 1995.
Dictamen N° 1.088 de 1996.
Dictamen N° 2.978 de 1996.
Dictamen N° 1.013 de 2000.
Dictamen N° 35.255 de 2000.
Dictamen N° 31.114 de 2001.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Informe N° 28/96, Caso 11.297, Juan Hernández (Guatemala), 16 de octubre de 1996.
Informe N° 4/05, Petición 462/04, Admisibilidad, Asmeth Yamith Salazar Palencia (Colombia), 22 de febrero de 2005.
Informe N° 23/05, Petición 204/04, Admisibilidad, Narciso Barrios y Otros, (Venezuela), 25 de febrero de 2005.
Informe N° 49/05, Petición 95/03, Prince Pinder, Admisibilidad, (Commonwealth de Bahamas), 12 de octubre de 2005.
Informe N° 64/05, Petición 445/05, Admisibilidad, Yvon Neptuno, (Haití), 12 de octubre de 2005.
Informe N° 72/05, Petición 546/04, Admisibilidad, Juan Enenías Daza Carrillo, (Colombia), 13 de octubre de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

"*Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*". Sentencia de 28 de julio de 1988.

"*Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*". Sentencia de 7 de marzo de 2005.

"*Caso Yatama vs. Nicaragua*". Sentencia de 23 de junio de 2005.

"*Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*". Sentencia de 31 de enero de 2006.

"*Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*". Sentencia de 22 de septiembre de 2006.

"*Caso Almonacid Arellano vs. Chile*". Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

"*Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*". Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

"*Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*". Sentencia de 17 de noviembre de 2009.

Comité de Derechos Humanos

"*Caso Santillo contra Uruguay*". Comunicación N° 9/1977.

"*Caso García Lanza, Weismann de Lanza y Lanza Perdomo contra Uruguay*". Comunicación 8/1977.

Corte Suprema de Chile

Rol 517-2004. Sentencia 17 de noviembre de 2004.

Rol 559-2004. Sentencia de 13 de diciembre de 2006.

Rol 3419-2007. Sentencia de 13 de noviembre de 2007.

Rol 6053-2007. Sentencia de 29 de abril de 2008.

Rol 9758-2009. Sentencia de 13 de abril de 2010.

Tribunal Constitucional de Chile

Sentencia de 8 de abril de 2002, rol N° 346.

Sentencia de 9 de agosto de 2009, rol N° 1288.

RESOLUCIONES E INFORMES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

Acuerdo de entendimiento entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas de 25 de septiembre del año 2009.

Corte Internacional de Justicia. *Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*. Opinión Consultiva de 11 abril 1949.

Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 5, 31 julio 1981.

Comisión de Derecho Internacional. *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, adoptado por la CDI en su 53° periodo

de sesiones (A/56/10) y anexado por la Asamblea General en su Resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001.

Corte IDH. “*El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2.

Corte IDH. “*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*”. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

“*Creación del fondo de asistencia legal del sistema interamericano de derechos humanos*”, aprobado en la cuarta sesión plenaria el 3 junio del año 2008, AG/RES. 2426 (XXXVIII-O/08).

Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, año 2010.

FUENTES

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados U.N. Doc A/CONF.39/27.

Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Suscrita en San José de Costa Rica, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969.

Constitución Política de la República de Chile.

Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Ley N° 19.718, crea la Defensoría Penal Pública.

Ley N° 19.696, establece el Código Procesal Penal.

Ley N° 20.516, introduce reformas a la Constitución.

Ley N° 19.653, sobre probidad administrativa aplicable a los órganos de la administración del Estado.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Comisión en su 137° Período de Sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009.

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

Resolución 3389 exenta, deja sin efecto la resolución N° 1307 de 2006, y aprueba nuevos estándares básicos para el ejercicio de la defensa penal pública “*Estándares para el ejercicio de la defensa penal pública*”.

V. Alcances al inciso 2° del Art. 374 bis del Código Penal

HÉCTOR HERNANDEZ BASUALTO

La Defensoría Regional Metropolitana Norte me ha solicitado que informe en Derecho sobre los alcances del inciso segundo del Art. 374 bis del Código Penal¹. Específicamente se me pide una opinión en cuanto a si la posesión de material pornográfico infantil para fines exclusivos de uso o consumo personal realiza las exigencias del tipo penal de adquisición y almacenamiento de material pornográfico infantil.

Como se sabe, el inciso segundo del Art. 374 bis es del siguiente tenor:

“El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio”.

Al respecto puedo informar que, en mi opinión, la conducta mencionada no satisface las exigencias del referido tipo penal, por las razones que a continuación paso a exponer.

1. Razones plausibles para una incriminación

Lo primero que permite sostener la conclusión adelantada es una reflexión en torno a lo que razonablemente el legislador puede pretender proteger en el contexto de la pornografía infantil.

En esta materia son imaginables fundamentalmente *dos tipos de aproximación*: una que tiende a la protección efectiva de personas menores de edad cuya libertad o indemnidad sexual se encuentra realmente comprometida, y otra que simplemente

¹ En lo sucesivo, artículos sin otra mención corresponden a los del Código Penal.

tiende a reprimir conductas consideradas inmorales o viciosas en el plano sexual. Como es obvio, en un Estado de Derecho mínimamente respetuoso de la autonomía moral de las personas y de su diversidad, la segunda aproximación no puede justificar una reacción penal. Los actos reñidos con la moral sexual dominante carecen de relevancia penal en tanto y en cuanto no afecten bienes jurídicos relevantes, de modo que dicha aproximación o bien debe ser desechada sin más o bien, en último término, debe ser reconducida a la primera, justificando cómo la conducta en cuestión afecta efectivamente la libertad o indemnidad sexual de personas menores de edad.

Hasta donde se alcanza a ver éste es el punto de vista que adopta la doctrina penal chilena en cuanto a la legítima formulación de los delitos sexuales en general², lo que constituye una buena razón para que, en la medida en que la letra de la Ley no imponga inequívocamente algo diferente, la interpretación de los tipos específicos sobre pornografía infantil debería orientarse también en esa dirección. Veamos cómo se ajustan a este punto de vista frente los tipos penales que sobre la materia contiene el derecho vigente:

El primer delito que viene en consideración es, obviamente, el de producción de material pornográfico infantil, contenido en el inciso primero del Art. 366 quinquies:

“El que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo”.

Sin perjuicio de las justificadas objeciones que pueda merecer que el tipo penal abarque también la producción de material pornográfico en que intervienen personas mayores de catorce años, a quienes en general se les reconoce autonomía en el plano sexual³, no parece que puedan caber dudas en cuanto a que se trata de conductas que directa y efectivamente comprometen la sexualidad de personas menores de edad. Respecto de menores de 14 años se trata, además, muy probablemente (en la medida en que haya al menos una acción sexual sobre el cuerpo del niño, o incluso sin ella, cuando su exhibición satisfaga las exigencias del Art. 366 quater), de una hipótesis de participación en un delito sexual contra el menor de edad, en tanto que tratándose de mayores de 14 años, aunque no medien formas de abuso que impliquen un delito sexual,

² Al respecto, por todos, *Rodríguez Collao*, Luis: Delitos sexuales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2000, p. 54 y ss.

³ Al respecto, por ejemplo, *Cox*, Juan Pablo: Los delitos de producción, adquisición y tenencia maliciosa de material pornográfico como figuras expansivas del Derecho penal, *Revista de Derecho (PUCV)* T. XXVI (2005-I), 145 (151 y s.); recuérdese cómo, con mejor criterio, el tipo original previsto por la Ley N° 19.617 de 1999 como inciso segundo del Art. 366 quater abarcaba exclusivamente la producción de material pornográfico con personas sin autonomía sexual (en esa época: menores de 12 años) o mediando abuso.

todavía es posible sostener de modo más o menos plausible que para consentir válidamente en ese tipo específico de involucramiento sexual —que, valga reiterarlo, es real y efectivo, con consecuencias relevantes para el futuro del adolescente— se requiere una madurez que sólo se adquiere con la mayoría de edad. Discusiones aparte, al menos resulta incontestable que quien realiza la conducta del Art. 366 quinquies compromete de un modo directo y concreto la situación sexual de menores de edad.

Esto ya no es tan incontestable, sin embargo, tratándose de las hipótesis del Art. 374 bis, porque en estos casos, por definición, no se ha participado *de ningún modo* en la elaboración del material pornográfico (de lo contrario sería aplicable, precisamente, el delito del Art. 366 quinquies), de modo que la conducta típica no compromete ya directamente a los menores de edad que aparecen en el mismo.

No es casual, por lo mismo, la distinta ubicación sistemática de ambos grupos de figuras. Mientras la producción de material pornográfico se regula en el § 6 del Título VII (“Del estupro y otros delitos sexuales”), junto a las conductas conocidas como de “corrupción de menores” y bastante cerca todavía de las conductas de abusos sexuales, el Art. 374 bis se ubica en el § 8 relativo a los “ultrajes a las buenas costumbres”, con lo que se reconoce que las conductas desplegadas en relación con un material pornográfico infantil elaborado exclusivamente por otros se encuentran bastante lejos de la afectación concreta de personas menores de edad. Ahora bien, precisamente esta denominación podría abonar la idea de una incriminación basada en consideraciones estrictamente morales, lo que, sin embargo, no es compatible con el *nuevo régimen constitucional de la libertad de expresión*, que por la vía de la supresión de toda forma de censura impide imponerle límites a la pornografía en razón de su mera inmoralidad, debiendo acreditarse necesariamente la afectación de un interés contrapuesto superior⁴. En el caso del Art. 374 bis este interés superior no puede sino ser la efectiva protección de personas menores de edad en su libertad o indemnidad sexual. Veamos cómo se pueden explicar desde esa perspectiva las dos figuras que contiene el artículo.

El inciso primero, para el cual emplearemos la denominación sintética de tipo o figura de “comercialización de material pornográfico infantil”, es del siguiente tenor:

“El que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo”.

⁴ De ahí que pueda afirmarse que el tipo genérico e indiferenciado del Art. 374 se encuentra tácitamente derogado.

Si bien, como se ha dicho, el que comercializa el material pornográfico por definición no ha tenido injerencia en la actividad previa de producción del mismo, al menos puede sostenerse que la *actividad comercial* sobre este género ilícito —generalmente con un cierto grado de organización y muchas veces con fines de lucro, si bien estas notas no constituyen exigencia típica— implica una conducta activa de promoción de la producción de dicho material, que parece superar los límites aceptables de la libertad individual en esta materia. Si se mira con detenimiento, los términos empleados por la Ley denotan inequívocamente una actividad de cierta envergadura decididamente tendiente a la difusión más o menos amplia del material en cuestión (de lo contrario habría bastado el empleo del verbo difundir, sin necesidad de hablar de importación, exportación, comercialización y exhibición). Desde luego puede ser muy discutible que este aspecto justifique por sí solo la intervención penal, pero al menos resultará indiscutible que se trata de una conducta que por definición trasciende de la esfera de intimidad del sujeto que la realiza y se proyecta al plano social, lo que aún permitiría justificar a su respecto, si bien con dudas, una intervención fundada al menos *mediatamente* en la protección de los menores involucrados.

La justificación se torna aún más difícil cuando se considera ahora la hipótesis del inciso segundo, referido a la adquisición y almacenamiento del material, particularmente si, como a primera vista sugiere su texto, se pretendiera que ésta abarca la simple posesión del material pornográfico con fines exclusivos de uso o consumo personal del mismo. Porque si tal fuera el caso no se aprecia cómo podría fundarse un reproche con sentido desde la lógica de protección de los menores de edad. Si bien se mira, se está frente a una conducta del todo pasiva, inserta completamente en la esfera de la vida privada del sujeto, que de ningún modo implica la afectación de un menor de edad ni la promoción de su afectación por parte de otros ni la obtención de beneficios de ningún tipo de la actividad de producción o comercialización. A lo más se podrá admitir que se trata de una conducta inmoral, pero no que se trata de una conducta lesiva capaz de justificar una reacción penal⁵.

⁵ Si bien hay legislaciones extranjeras que se apartan de este criterio, es bastante claro que los instrumentos internacionales que vinculan a Chile en materia de protección de la infancia no le exigen la incriminación de la simple posesión para uso personal del material pornográfico infantil. Así, el Protocolo Facultativo de la Convención Internacional de Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía (Resolución A/RES/54/263 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 25 de mayo de 2000, vigente en Chile en virtud del DS N° 225 de Relaciones Exteriores, de 6 de septiembre de 2003) impone a los Estados miembros en su Art. 3 N° 1 letra c) la criminalización de la “producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, *con los fines señalados*, de pornografía infantil”, con lo cual claramente excluye de la obligación la criminalización de la simple posesión para el uso o consumo personal. Consecuentemente, no puede sostenerse una supuesta obligación internacional en ese sentido, como hace, por ejemplo, *Aguilar*, Cristian: *Delitos sexuales*, Metropolitana, Santiago 2008, p. 174 y s.; como aquí, correctamente, *Oxman*,

El socorrido argumento en cuanto a que si no existieran consumidores no habría productores ni distribuidores de material pornográfico infantil, no alcanza a modificar la conclusión, puesto que evidentemente se trata de un vínculo tan abstracto y distante de las situaciones vitales concretas que afectan o han afectado alguna vez a un menor de edad que no permiten traspasar de ningún modo parte de ese desvalor al consumidor. En rigor lo único que sostendría una prohibición penal del consumo de material pornográfico infantil sería el propósito de reprimir un acto inmoral y vicioso, con lo cual, sin embargo, se abandona el terreno de las razones plausibles que legitiman la reacción penal.

Ahora bien, llama poderosamente la atención que la conclusión en cuanto al carácter ilegítimo de un delito de estas características, que concita amplio consenso en la literatura jurídico-penal chilena⁶, no haya conducido de manera categórica a la interpretación correcta, como es que, en la medida en que la letra de la Ley no impone inequívocamente lo contrario y más bien ofrece generosos caminos alternativos, el tipo de almacenamiento *no cubre las hipótesis de simple consumo personal* de material pornográfico infantil. En otras palabras, el inciso segundo del Art. 374 bis merece y permite una *interpretación* que lo legitime, no que lo deslegitime. De ahí que resulta del todo apresurado —además de disfuncional para los intereses que se quiere promover— asumir sin más que el precepto vulnera principios jurídico-penales básicos o que incluso adolece de inconstitucionalidad⁷ sin antes agotar las posibilidades interpretativas que tanto la letra de la Ley como la historia de su establecimiento ofrecen para darle un sentido legítimo. No es que no se coincida con el fondo de los puntos de vista críticos, simplemente se les reprocha que, concentrados en la (justificada) crítica de ciertos rasgos irracionales de la tendencia legislativa, abandonen de antemano la tarea de una interpretación conforme a los principios en que descansan tales puntos de vista.

A continuación se asume esa tarea, de la mano de un texto legal y de una historia fidedigna de su establecimiento que, más allá de la apariencia inicial,

Nicolás: Libertad sexual y Estado de Derecho en Chile, Librotecnia, Santiago 2007, p. 220 con nota al pie 411.

⁶ *Künsemüller*, Carlos: Delitos de pornografía infantil (modificaciones legales anunciadas y problemas *ad portas*), Gaceta Jurídica N° 273 (2003), 7 (11): “se entrará en notorias contradicciones con las exigencias del principio de dañosidad social de la conducta, en cuanto limitador del *ius puniendi* del Estado”; *Cox*, Revista de Derecho (PUCV) T. XXVI (2005-I), 145 (152 y s.); *Politoff*, Sergio / *Matus*, Jean Pierre / *Ramírez*, María Cecilia: Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2005, p. 288: “parece a todas luces un exceso, que ha llevado a convertir la miseria humana en delito”; *Oxman*, Libertad sexual y Estado de Derecho en Chile, p. 220 y ss.; *De la Fuente*, Claudia: Delitos de pornografía infantil, LegalPublishing, Santiago 2008, p. 174; *Molina*, René: Delitos de pornografía infantil, Librotecnia, Santiago 2008, p. 104 y ss.

⁷ Así, por ejemplo, *Molina*, Delitos de pornografía infantil, p. 106.

demuestran cómo el tipo del inciso segundo no es más que un tipo de recogida respecto del inciso primero, que lo preconfigura, y en ningún caso un tipo de consumo personal de material pornográfico infantil.

2. El almacenamiento en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley

La propia letra de la Ley sugiere el camino a través del verbo *almacenar*, que, como se sabe, no alude a la simple tenencia o posesión de bienes, sino que a su acopio en *cantidades considerables* (segunda acepción del diccionario de la RAE: reunir o guardar muchas cosas) y generalmente con *finés comerciales* (primera acepción del diccionario de la RAE: poner o guardar en almacén). En todo caso, al margen de cualquier confirmación lexicográfica lo que debiera resultar decisivo es la evidencia disponible en cuanto a que el uso del verbo almacenar en la Ley obedeció precisamente al propósito de *excluir la simple posesión o tenencia* de material pornográfico infantil del campo de lo punible.

En efecto, la tramitación de la iniciativa legislativa que llegaría a ser la Ley N° 19.927 (Boletín N° 2906-07) demuestra nítidamente la decisión política de no extender a esos extremos la punición, contradiciendo así de modo deliberado y manifiesto los claros propósitos de los autores de la iniciativa, la diputada Pía Guzmán y el diputado Patricio Walker. En su moción de 10 de abril de 2002, los referidos diputados mencionaban entre los fines de la iniciativa “sancionar la posesión de pornografía infantil”, arguyendo al respecto:

“La tendencia sostenida del derecho comparado es sancionar penalmente la adquisición y posesión dolosa de la pornografía infantil, excluidas bajo determinados supuestos, las situaciones de recepción accidental o no solicitada. Quienes poseen pornografía infantil son parte de la cadena criminal que destruye la dignidad de los niños y promueve su utilización en prácticas sexualmente abusivas y dañinas”.

Luego de lo cual proponían un nuevo Art. 367 quater cuyo inciso primero era del siguiente tenor:

“El que fuera de los supuestos previstos en el artículo anterior ejerciere conscientemente la tenencia o posesión de pornografía infantil, será castigado con presidio menor en su grado medio”.

Posteriormente, durante el examen del proyecto en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, junto con insistir en que la represión de la posesión o tenencia dolosa de material pornográfico infantil era “algo fundamental para terminar con la cadena de la

pornografía”⁸, los mismos diputados proponen una nueva redacción que, en todo caso, mantiene inalterados los fines y alcances de su propuesta:

“El que fuera de los supuestos previstos en los artículos 366 quinquies y 374 bis, tuviere o poseyere dolosamente material pornográfico infantil, será castigado con presidio menor en su grado medio”.

Pues bien, tan claro como que éste era el propósito de la iniciativa es que sus autores no lograron imponer su criterio y que, más bien al contrario, dieron pie a una toma de posición explícita en sentido contrario en el seno de la Comisión de la Cámara, lo que fue luego ratificado en sala. Contra la criminalización de la simple posesión o tenencia se hizo presente en la discusión que aquélla constituiría un hecho y no una conducta y que, en todo caso, aun considerada como tal conducta, carecería de suficientes notas de disvalor que justificaran la intervención penal, lo que obligaba a restringir el tipo, sea a través de una exigencia subjetiva (ánimo de comercializar), sea a través de una objetiva (almacenamiento o acopio en vez de mera tenencia o posesión)⁹. En definitiva éste fue el criterio que se impuso. A partir de una sugerencia de la diputada Soto, se optó por exigir el “almacenamiento” del material, fórmula a través de la cual se entendía consagrar la restricción que se buscaba para el tipo. Expresamente se dijo que con ella se lograba “exculpar a quienes posean material pornográfico en escasa cantidad”¹⁰.

Con esto ya debería ser del todo claro, en términos *negativos*, que el almacenamiento de ningún modo se puede identificar con la simple posesión de material pornográfico infantil, aunque podría pensarse, ahora en términos *positivos*, que el concepto sí se satisface con la simple circunstancia de que la posesión sea en grandes cantidades. Este último razonamiento, sin embargo, no parece correcto en la medida en que no da debida cuenta del sentido más profundo que se le quiso dar a la restricción. Es efectivo que en el Informe de la Comisión la introducción del concepto de almacenamiento se vincula expresamente sólo al propósito de no criminalizar la posesión de pequeñas cantidades de material,

⁸ Primer Informe Comisión Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de 4 de septiembre de 2002, p. 39.

⁹ El diputado *Burgos* “consideró complicado penalizar la simple posesión o tenencia de una cosa, lo que no constituye una conducta. Dijo comprender que lo que pretendía la proposición era crear las condiciones jurídicas para evitar, casi en los actos preparatorios, el delito de pornografía infantil, pero creía que para evitar posibles irregularidades, podría pensarse en sancionar a quien fuera un adquirente habitual o, como sucede en la Ley de Drogas, a quien poseyere cantidades de tal entidad que hiciere irracional considerar que es para su uso personal”; por su parte, el diputado *Bustos* “señaló que la proposición describía un delito de sospecha, contrario a la normativa constitucional y, además, demasiado amplio, razón por la que para concordarlo con la legislación penal y las garantías del debido proceso, debería precisarse el objeto de la figura, agregando la expresión almacenare, o bien, exigir el ánimo de comercializar”, Primer Informe Comisión Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, p. 39 y s.

¹⁰ Primer Informe Comisión Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, p. 40.

pero si se revisa la discusión con detenimiento se advierte fácilmente que la cantidad no era decisiva en sí misma, sino que sólo representaba un *criterio* para discriminar entre posesión para el propio consumo y posesión para la comercialización del material pornográfico infantil, de modo paralelo a como se ha hecho desde antiguo en materia de drogas. Todo el mundo sabe de la importancia que en materia de drogas tiene la cantidad para la distinción entre tenencia para el consumo y tenencia para el tráfico, pero al mismo tiempo sabe que dicha cantidad es uno entre otros criterios de delimitación, y no el objeto de la incriminación¹¹. Así las cosas, en rigor el almacenamiento implicaba —de acuerdo por lo demás con el sentido lexicográfico del término— *posesión para la comercialización*, finalidad esta última para cuya inferencia debía resultar relevante la cantidad involucrada.

En efecto, que éste era el sentido exacto de la mención de la cantidad del material almacenado se desprende inequívocamente por ejemplo de las observaciones del diputado *Burgos*, quien señalaba que “para evitar posibles irregularidades, podría pensarse en sancionar a quien fuera un adquirente habitual o, como sucede en la Ley de Drogas, a quien poseyere cantidades de tal entidad que hiciere irracional considerar que es para su uso personal”¹². Como se ve, lo que estaba detrás de la voz almacenamiento era la posesión para la comercialización, entendiéndose que esta finalidad se podía extraer de —o de algún modo estaba objetivada en— una cantidad que no fuera razonable suponer para la satisfacción de las apetencias personales del sujeto. Pero nótese bien: cualquiera que fuera la cantidad podía excluirse la tipicidad si, no obstante la apariencia inicial, podía considerarse que el material estaba destinado exclusivamente al uso o consumo personal. La cantidad es *indicio* de injusto, pero no es el injusto.

La comprensión de este punto es particularmente relevante a la hora de trasladar la lógica del indicio cuantitativo de la legislación de drogas al ámbito de la pornografía infantil, atendidas las especiales circunstancias del acopio de este último tipo de material. La existencia hoy mayoritaria de material pornográfico en soporte informático al que se puede acceder a distancia de manera más o menos sencilla y las capacidades estándar de depósito de datos de los computadores personales comunes y corrientes que se ofrecen en el mercado hacen que las cantidades susceptibles de ser poseídas por un simple consumidor puedan ser realmente enormes, sin que ello implique ni organización ni grandes despliegues, de modo que por sí misma, en rigor, no puede resultar

¹¹ En materia de drogas esto sólo vino a cambiar parcialmente luego de la intervención legislativa (Ley N° 19.366) que absolutizó el elemento cantidad al excluir del tráfico sólo la tenencia de drogas para el consumo personal exclusivo “y próximo en el tiempo”, solución que se mantiene bajo la vigente Ley N° 20.000. Dentro de estos márgenes, sin embargo, la discusión sigue siendo la misma. Al respecto *Politoff / Matus / Ramírez*, PE, p. 588 y s.

¹² Primer Informe Comisión Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, p. 40.

decisiva. En la lógica de la Comisión lo verdaderamente decisivo debía ser en todo caso que las circunstancias concretas del supuesto concreto sugirieran razonablemente que el material poseído se tenía para la comercialización o difusión, y no para la simple satisfacción de los deseos del consumidor.

Sin duda hubiera sido preferible que estas ideas no se expresaran sólo en la voz “almacenamiento” sino que se hubiesen explicitado de un modo más nítido¹³, pero al menos parece indubitable que éste era el sentido del acuerdo.

Ese acuerdo fundamental se mantuvo inalterado hasta el término de la tramitación del proyecto, como queda de manifiesto al comprobar que fue precisamente el texto aprobado por la Cámara el que, con una mínima variación, llegó a convertirse en Ley. Lo único que fue objeto de ulterior discusión fue si, a la luz de las críticas que se le dirigieron incluso a la fórmula morigerada aprobada por la Cámara, no era conveniente una *restricción adicional* del tipo. Así, en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado consta que se acordó agregar a la calificación objetiva consistente en el almacenamiento la ya mencionada *calificación subjetiva* consistente en el ánimo de ulterior comercialización. La norma propuesta como inciso segundo del Art. 374 bis era del siguiente tenor:

“El que almacenare dicho material [pornográfico infantil] para la realización de cualquiera de las conductas previstas en el inciso precedente [fundamentalmente comercialización], será castigado con reclusión menor en su grado mínimo”.

A juicio de la Comisión, con esta vinculación del almacenamiento del material con el fin de su ulterior comercialización se atenuaban adicionalmente las severas críticas que merece a la doctrina el castigo de la sola posesión de dicho material. Siguiendo a *Künsemüller* se asumió que “la conducta del que posee o almacena debería estar subjetivamente orientada a un destino o finalidad posterior del material pornográfico (tráfico), cuyo empleo podrá representar materialmente una lesión (al menos un peligro) para los bienes jurídicos que se busca proteger, ya que, de otro modo, se entrará en notorias contradicciones con las exigencias del principio de dañosidad social de la conducta, en cuanto limitador del *ius puniendi* del Estado”¹⁴.

Debe notarse, en todo caso, que el reclamo de *Künsemüller* apuntaba en rigor a que se explicitara algo que de alguna manera, a pesar de la apariencia inicial, él ya veía inscrito en el tipo tal como se aprobó en la Cámara de Diputados (y que si hubiera tenido a la vista la discusión habría visto confirmado). La cita

¹³ De hecho el mismo diputado *Burgos* propuso agregar explícitamente la referencia al ánimo de comercialización, en lo que no insistió al acordarse luego sustituir la referencia a la simple posesión por el almacenamiento, *ibídem*.

¹⁴ Primer Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 10 de septiembre de 2003, p. 51 y s.

completa de este autor, quien de este modo se convertía en pionero en la búsqueda de la correcta interpretación del precepto, es la siguiente:

“Cabe hacer notar que el tipo aludido, que sanciona la mera adquisición, posesión o almacenamiento del material pornográfico, no requiere de ninguna preordenación subjetiva de la conducta al posterior tráfico o difusión de las imágenes o representaciones y tampoco exige actuar con ánimo de lucro. Sin embargo, en la fundamentación del proyecto se argumenta, como hemos hecho presente, que la posesión de este material es una parte de la cadena criminal que lesiona la dignidad de los menores y ‘promueve su utilización en prácticas sexualmente abusivas y dañinas’, reflexión que pareciera indicar, sin la claridad y precisión deseables, una directa conexión subjetiva entre el acto de tener o almacenar el material pornográfico y su ulterior difusión y/o empleo. Este texto originará, en caso de ser aprobado, razonables dudas sobre sus verdaderos alcances, más aún si consideramos que el tipo exige adquirir o almacenar ‘dolosamente’ material pornográfico, y este dolo no podría ser simplemente la intención o ánimo de poseer o acopiar los elementos en cuanto tales (p. ej., para coleccionarlos o copiarlos con fines de consumo personal) —que es inherente a las acciones de ‘adquirir’ y ‘almacenar’— ya que no pueden llevarse a cabo, por su propia naturaleza, culposamente, sino únicamente con dolo. Recordemos que la posesión, en cuanto modo de adquirir, exige, además del elemento material ‘corpus’, el subjetivo del ‘ánimus’. La conducta del que posee o almacena debería estar subjetivamente orientada a un destino o finalidad posterior del material pornográfico (tráfico), cuyo empleo podrá representar materialmente una lesión (al menos un peligro) para los bienes jurídicos que se busca proteger, ya que, de otro modo, se entrará en notorias contradicciones con las exigencias del principio de dañosidad social de la conducta, en cuanto limitador del ius puniendi del Estado”¹⁵.

Este cambio no llegó, sin embargo, a ser Ley. Como se sabe, la conmoción provocada por la denuncia de supuesta participación de dirigentes políticos en los hechos constitutivos del llamado “caso Spiniak” hizo que la Comisión echara pie atrás respecto de una serie de acuerdos previos, lo que se expresó en su “Informe Complementario” de 8 de octubre de 2003, contexto en el cual deshizo la exigencia expresa de ánimo de comercialización y simplemente retomó, sin mayores explicaciones, la redacción aprobada por la Cámara, con la única variación consistente en reemplazar la voz “dolosamente” por la de “maliciosamente”.

Con todo, a pesar de que esta vuelta atrás se inscribe inequívocamente en el propósito general de endurecer el texto legal, es evidente que en la materia de este informe sólo implicó *volver al acuerdo previo* adoptado en su momento por

¹⁵ Künsemüller, Gaceta Jurídica N° 273 (2003), 7 (11).

la Cámara y que, como hemos explicado, implicaba la comprensión del almacenamiento como posesión para la comercialización de material pornográfico infantil¹⁶. De ningún modo se abrazó la idea ya rechazada del proyecto original en orden a criminalizar la simple posesión de material pornográfico infantil para su uso o consumo personal. Más bien al contrario, el hecho de que no obstante el clima de desenfreno punitivo que caracterizó el trabajo de la Comisión del Senado en ese momento no se haya dado el paso de incriminar derechamente dicha posesión, teniendo a la mano para ello fórmulas y modelos normativos discutidos en la tramitación del mismo proyecto, habla de la fuerza que alcanzó la tesis contraria a dicha punición.

En términos prácticos, la supresión de la exigencia subjetiva explícita parece tener como único efecto dejar ese aspecto entregado a las *reglas generales en materia de dolo*, evitando así una exigencia que podría interpretarse como de dolo directo, con las consecuencias probatorias que ello tendría. Pero tanto antes como después el tipo objetivo —como sus correspondientes exigencias subjetivas— no se satisface con la simple posesión, ni aun en grandes cantidades, de material pornográfico infantil, sino sólo con una posesión en cantidades relevantes y respecto de la cual, a partir de las circunstancias concretas del caso, se pueda colegir razonablemente que no sirven sólo al consumo del poseedor sino que están destinadas a la comercialización.

Visto así, se hace evidente la íntima conexión que existe entre ambos incisos del Art. 374 bis: mientras el inciso primero se encarga de la efectiva comercialización del material pornográfico infantil, el inciso segundo se preocupa del almacenamiento previo del mismo, entendido como posesión de cantidades relevantes para la ulterior comercialización. Se trata, en definitiva, de un adelantamiento de la barrera de protección, de la expresa tipificación de una conducta que, de no mediar esta disposición, podría ser considerada un acto preparatorio impune. Más allá de las objeciones que pueda merecer el razonamiento, con esto se satisfacen importantes necesidades prácticas de la persecución penal, que muchas veces, según las circunstancias del hallazgo, no está en condiciones de acreditar los actos de comercialización o difusión (una mirada somera de la aplicación práctica de estos preceptos enseña que los casos en que se acredita la conducta del inciso primero son relativamente excepcionales), de modo que el delito del inciso segundo opera como *tipo de recogida*, impidiendo la aparición de lagunas de punibilidad.

¹⁶ Esto es lo que, lamentablemente, no ven bien *Politoff / Matus / Ramírez*, PE, p. 287 con nota al pie 53, cuando con resignación asumen que el tipo es uno de simple posesión de objetos declarados ilícitos. Si pusieran atención en la verdadera clave de la historia fidedigna, que está en la Cámara de Diputados y no en el Senado, probablemente cambiarían de opinión. Lo mismo rige para *Agui-lar*, Delitos sexuales, p. 174 con nota al pie 259; y en parte, aunque éste no es tan categórico en su conclusión y deja abierta la puerta para hacer justicia al acuerdo de la Cámara, para *Oxman*, Libertad sexual y Estado de Derecho, p. 221 y ss.

Y lo que es más importante desde el punto de vista de la legitimidad del tipo penal, esta interpretación *traspasa la legitimación del inciso primero al inciso segundo*, como forma depreciada del primero. Nótese, sin embargo, que la pena del inciso segundo es sólo relativamente menor a la del inciso primero, pues comparten el límite inferior de presidio menor en su grado medio. Esto confirma lo que se viene diciendo, en el sentido de tratarse de una conducta que en lo fundamental coincide con la otra, sólo que no ha llegado a verificarse plenamente¹⁷. Manifiestamente no se trata, en cambio, de una conducta tan alejada y comparativamente tan insignificante como la del simple consumo personal del material pornográfico infantil.

Es decidir al respecto el tratamiento que el Anteproyecto de Nuevo Código Penal elaborado por el Foro Penal le dio a la cuestión, en un contexto en el que las secuelas del “caso Spiniak” se encontraban todavía muy presentes. La Secretaría Técnica del Foro entendía que en la materia simplemente estaba recogiendo “las nuevas figuras relativas a la comercialización y tenencia de material pornográfico infantil, adecuando sus penas a la proporcionalidad del nuevo Código”, sin introducir ningún cambio radical¹⁸. Pues bien, el inciso segundo propuesto rezaba:

“La misma pena se impondrá al que adquiera o almacene material pornográfico para realizar cualquiera de las actividades señaladas en el inciso anterior”.

Es evidente que la redacción propuesta implicaba un cambio formal no despreciable respecto del derecho vigente, pero sólo en el sentido de explicitar en el plano subjetivo lo que se entendía estar ya presente en el plano objetivo a través de una exigencia de almacenamiento incompatible con la idea de simple posesión o tenencia. Es notable al respecto que absolutamente ninguna de las numerosas observaciones recibidas a la propuesta —incluidas las del Ministerio Público, que sí lo hizo respecto de otros puntos— haya advertido una posible restricción del derecho vigente, la que de haber sido efectiva, no podía sino haber sido calificada de muy relevante. Más bien al contrario, la ausencia de reacciones confirmaría una comprensión común del vigente inciso segundo del Art. 374 bis materialmente coincidente con el texto propuesto por el Foro¹⁹.

¹⁷ En consecuencia, contra lo que han sostenido *Polittoff / Matus / Ramírez*, PE, p. 287, el tipo base es la comercialización del material, en tanto que el almacenamiento del mismo es una figura atenuada por su déficit de ejecución, no al revés (posesión como delito base, comercialización como figura calificada).

¹⁸ *Secretaría Técnica Comisión Foro Penal*: Materiales de estudio presentados a la Comisión Foro Penal. Parte especial, p. 177, disponible en http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_3.pdf

¹⁹ En efecto, la única discusión al respecto versó más bien sobre la conveniencia de mantener el inciso segundo en cuanto tal. Al respecto véanse las propuestas en orden a su supresión en Materiales PE, p. 78. De hecho el texto final del Art. 109 del Anteproyecto contiene el inciso

Ahora bien, no ha faltado quien ha dicho que toda la discusión es irrelevante teniendo en cuenta que junto con la hipótesis de almacenamiento, que es la que permite la interpretación que se ha sostenido aquí, la Ley emplea también el verbo *adquirir*, que no supondría ninguna exigencia especial²⁰. Semejante prescindencia del contexto normativo y de los claros propósitos legislativos no puede, sin embargo, considerarse buena técnica interpretativa. Esa lectura conduciría a que el concepto en torno al cual giró toda la discusión parlamentaria simplemente resultara irrelevante por sobreabundancia, debiendo admitirse que la Ley hubiera equiparado materialmente dos conductas con un contenido de injusto tan diametralmente diferente. Más bien al contrario, todo indica que ambas hipótesis representan el mismo disvalor y que la adquisición típica es sólo aquella que da lugar al almacenamiento en los términos ya mencionados, con todas las consecuencias que ello derivan.

En síntesis, el tipo de adquisición y almacenamiento de material pornográfico infantil requiere una actividad al servicio de una futura comercialización o difusión de dicho material, de suerte que de ningún modo se satisface con el simple consumo personal de material pornográfico infantil.

3. Algo de racionalidad de las penas

Estas conclusiones se ven confirmadas si se consideran con un mínimo detenimiento las penalidades en juego.

Como se sabe, el delito de almacenamiento del inciso segundo del Art. 374 bis tiene asignada la pena de presidio menor en su grado medio, esto es, la misma pena que le corresponde al encubridor del delito de *violación* (tanto propia como impropia) o al cómplice de los delitos de *estupro* o de *abusos sexuales* (propios o impropios), y mayor, en consecuencia, que la pena asignada al encubridor de alguno de estos últimos delitos.

Pues bien, si estas formas de *participación directa* en delitos que lesionan gravemente la libertad o indemnidad sexual de personas menores de edad tienen penas equivalentes y hasta menores que el delito de almacenamiento, no puede pretenderse seriamente que este último se satisfaga sin más en un supuesto tan alejado de la afectación de los bienes jurídicos de los menores como es la simple posesión para el consumo personal de material pornográfico infantil (nótese que las escenas registradas en el material pornográfico infantil ni siquiera tienen que tener carácter

segundo en cuestión *entre paréntesis*, indicando que se trataba de un punto pendiente de votación final en el Foro.

²⁰ Oficio FN N° 35, de 26 de enero de 2004, del Fiscal Nacional del Ministerio Público, p. 12: "A una conclusión distinta llegaríamos si solo se hubiese utilizado la voz almacenamiento, que es indicativo de un cierto volumen de material lo que podría dar luces acerca de un propósito ulterior por parte del autor"; siguiéndolo *Molina*, Delitos de pornografía infantil, p. 109.

delictivo; más aún, ésa podría ser la regla tratándose del registro de actividades sexuales de personas mayores de 14 años). No al menos cuando la Ley admite, como se ha intentado demostrar aquí, una interpretación más razonable.

Se podría argüir —con buena intuición, por lo demás— que el legislador ya antes se había apartado de la debida proporcionalidad de las penas al asignarle a la comercialización del material pornográfico infantil la misma pena (en su tramo superior) que la del cómplice en una violación o la del autor de delitos sexuales, de modo que el argumento penológico no podría surtir efectos respecto del delito de almacenamiento. Al respecto, sin embargo, habría que responder que a este respecto el tipo del inciso primero del Art. 374 bis exhibe dos diferencias decisivas con la figura del inciso segundo, diferencias que obligan a reconocerle fuerza al argumento penológico. En primer lugar, el inciso primero no admite mayores dudas interpretativas en cuanto a su alcance, esto es, en cuanto a que indudablemente abarca la simple comercialización de un material pornográfico infantil en cuya producción no se ha participado, lo que conectado a las penas asignadas implica, efectivamente, una significativa desproporción. En segundo lugar, sin embargo, al margen de lo dudoso que pueda ser el argumento, esa desproporción puede verse morigerada al menos en parte si se considera el disvalor adicional que implica la actividad comercial sobre un género ilícito, con sus notas más o menos inherentes —aunque no explicitadas en el tipo— de organización y ánimo de lucro.

Por el contrario, como se ha procurado demostrar en este informe, el inciso segundo de ningún modo expresa abarcar el simple consumo personal de material pornográfico infantil, sino que sugiere —de la mano además de su historia— precisamente lo contrario. Se trata entonces, a diferencia de lo que ocurre con el inciso primero, de un punto totalmente abierto a la interpretación. Ahora bien, en ese contexto de ausencia de imposición legal no deja de constituir una frivolidad privilegiar una interpretación que abandona la ya de por sí precaria legitimación de las penas del Art. 374 bis, permitiendo que conductas radicalmente alejadas de la afectación de los mismos bienes jurídicos tengan las mismas penas que formas de afectación directa. Lo menos que se puede hacer en aras de la proporcionalidad de las penas en un contexto abierto a la interpretación es precisamente preferir la tesis —sugerida por lo demás tanto por la letra como por la historia de la Ley— que aminora la desproporción. Esto se logra haciendo participar al inciso segundo de la misma —frágil— nota legitimante del inciso primero, esto es, exigiendo la destinación del material a la comercialización.

En consecuencia, almacenamiento de material pornográfico infantil en los términos del inciso segundo del Art. 374 bis es posesión de cantidades relevantes destinadas a su ulterior comercialización. Por el contrario, la posesión del material pornográfico infantil con fines exclusivos de uso o consumo personal del mismo es atípica.

Es todo cuanto puedo informar en Derecho, en Santiago, a 23 de diciembre de 2008.

Prof. Dr. Héctor Hernández Basualto

VI. El delito de malversación de caudales públicos imputado a L.B.P.

JUAN IGNACIO PIÑA R.

Se me ha solicitado informar en Derecho sobre la eventual comisión del delito de malversación de caudales públicos en la modalidad contenida en el artículo 235 del Código Penal, por parte del imputado señor L. B. P., empleado de la Ilustre Municipalidad de Penciahue y encargado del desarrollo del programa “Puente”. Para dicho cometido se ha contado con una copia de la carpeta de investigación fiscal proporcionada por la Defensoría Regional del Maule. La presente minuta hace constar los aspectos fácticos y jurídicos relevantes que debe contener el referido informe.

I. Pormenores fácticos de la causa

- Durante los años 2003 y 2004 el imputado se desempeñó como encargado del programa social puente, denominado “mejoramiento de la calidad de vida de 15 familias de la comuna de Penciahue”.
- Para efectos de llevar adelante el referido proyecto —cuyo monto total de inversión ascendía a la suma de \$ 3.950.000— se asignaron \$3.000.000 con aportes del fondo de solidaridad e inversión social FOSIS.
- El 11 de junio de 2004 se recibió la suma de \$1.607.846 por la Municipalidad, mediante un cheque. Dichos dineros según la imputación fiscal nunca fueron rendidos.
- Por el mismo concepto se entregó el día 24 de septiembre de 2004 la suma de \$350.000 presentada la correspondiente rendición de gastos, el departamento de control interno de la municipalidad objetó la cantidad de \$165.770
- Finalmente el día 08 de octubre de 2004 se recibieron \$250.000 presentada la rendición pertinente, fueron observados \$110.768
- Según la imputación fiscal, todos estos dineros los tuvo a su cargo el imputado, no fueron destinados a los fines entregados, no se rindió su utilización ni tampoco los reintegró el Sr. B. Quien en definitiva se habría apropiado de la suma de \$1.883.984.

- Con ocasión de estos hechos y no habiéndose ejecutado en forma total el proyecto, FOSIS requirió a la Municipalidad el reintegro de los fondos.

II. Pormenores típicos relevantes del artículo 235 del Código Penal

A. Generalidades

El artículo 235 del C.P. contempla una modalidad especial de malversación por distracción de caudales, en que el eje de la conducta prohibida se construye mediante la aplicación para fines privados (sean propios o ajenos del funcionario) de caudales públicos. Retrata de fines privados para distinción de la figura del artículo 236 conocido como aplicación pública diferente en que los fines de aplicación son también públicos pero designados arbitrariamente por el funcionario.

Precisamente por esto se establece una diferenciación relevante de las penas entre la malversación común y esta figura de distracción que conlleva, como deberá analizarse en detalle, la exigencia de un reintegro. Por esta razón en caso de no verificarse el reintegro la pena se reconduce a la malversación común del artículo 233.

B. El reintegro como elemento positivo específico del tipo penal

Desde esta perspectiva es imprescindible hacer presente que la solicitud específica de la Defensoría Penal Pública respecto de estos hechos fue determinar *la posibilidad de calificar jurídicamente los hechos de la acusación en el tipo penal del Art. 235 CP, considerando que el imputado habría devuelto todo el dinero.*

Sin embargo, éste es precisamente el elemento distintivo que permite la aplicación del tipo penal del artículo 235. Si no hubiere reintegrado el dinero estaríamos frente a una malversación del artículo 233 según lo dispone el propio inciso segundo del artículo 235. En otros términos no se trata de si puede calificarse esta conducta según el artículo 235 a pesar de haber reintegrado el dinero sino que, por el contrario, precisamente debe calificarse según esta norma por haberse reintegrado el monto.

En efecto, de no haberse reintegrado oportunamente debería haberse tipificado como simple malversación y cualquier intento de reintegro posterior solo podría constituir la atenuación del artículo 11 número 7 del C.P.

De hecho, en esta figura la conducta típica consiste en aplicar a usos propios o ajenos esos caudales distraendo esos fondos. Esa distracción precisamente

hace referencia a una sustracción transitoria de ellos. En este punto se torna crítico el momento en que puede realizarse ese reintegro de modo de escapar de la malversación común. Y ahí pueden encontrarse dos tesis diferentes. Por una parte la que entiende que ese reintegro puede tener lugar en cualquier momento hasta antes de la sentencia condenatoria (permitiendo la aplicación del artículo 235) y la que entiende que basta con el inicio de la persecución penal para privar al imputado de esa posibilidad recurriendo a la malversación común del artículo 233 y permitiendo, por consiguiente, solo una atenuación de la pena. Sin embargo, en un modelo calificado por el resultado, en que el eje de la penalidad está dado por el daño o entorpecimiento en el servicio público y no por el daño patrimonial, es poco probable que sistemáticamente sea correcta la primera interpretación. Desde esta perspectiva, existe una razonable discusión entre una interpretación sistemáticamente purista de los delitos funcionarios y una interpretación sistemática general vinculada al principio pro reo. Se inclina este informante por la tesis primera.

C. El daño o entorpecimiento del servicio como elemento positivo específico del tipo en la forma de calificación por el resultado

El artículo 235 del C.P. establece una punibilidad diferente en sus inciso primero y último dependiendo de si ha existido o no daño o entorpecimiento para el servicio público. Si bien en este caso, en que según los antecedentes tenidos a la vista los fines del proyecto no fueron cumplidos y por eso la municipalidad debió devolver los fondos, es difícil sostener la inexistencia de daño a la función pública no debe perderse de vista que la forma adoptada por el tipo es la de una calificación por el resultado.

Estas formas de calificación probablemente son incompatibles con nuestro ordenamiento constitucional lo que fuerza a tener presente que el conocimiento del asunto podría también discutirse en esa sede de modo de conseguir una declaración de inaplicabilidad del inciso primero de la norma.

III. Pormenores generales de los delitos funcionarios

La naturaleza del delito fuerza a tener presentes las consideraciones generales de los delitos funcionarios por una parte, especialmente su carácter de delito especial propio con las consecuencias propias que ello acarrea en el ámbito de la autoría y participación. Por otro lado, como requisito propio de las distintas formas de malversación el objeto material del delito son los caudales o efectos puestos a cargo del funcionario, elemento del tipo que parece no presentar problemas en estos hechos.

Por último, es necesario tener presente que el Art. 85 Ley orgánica de la CGR, señala que se presume de manera simplemente legal que ha cometido sustracción de los valores, el funcionario que requerido por dicho organismo no puede presentar debidamente documentado el estado de cuenta de esos valores. Esta presunción por prohibición constitucional debe entenderse como simplemente legal admitiendo desvirtuación probatoria por cualquier medio.

Juan Ignacio Piña Rochefort

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Penal. Universidad de los Andes.

VII. Sobre el delito continuado

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

Se emite el presente dictamen o informe en Derecho a petición de la Unidad de estudios de la Defensoría Penal Pública en Valparaíso, quien requirió la opinión del suscrito acerca de los requisitos o condiciones de procedencia del delito continuado, teniendo especialmente en cuenta la resonancia procesal de la categoría y su eventual aplicación al nuevo juicio que se seguirá en Valparaíso contra don J. M. M. L., ya condenado por el mismo tribunal en causa por el delito de fraude al Estado, previsto en el artículo 239 del Código penal.

Determinante para captar la proyección procesal del delito continuado, objeto central de estas líneas, es el hecho de que los programas de generación de empleo, en que habría ocurrido el fraude aludido en la segunda acusación, se aprueban, ejecutan y pagan durante el mismo período en que se desarrollaron los proyectos por los que fue sentenciada dicha persona, y que ésta tuvo en ellos igual intervención administrativa, en el marco de unos hechos substancialmente idénticos, cuya única variación respecto del caso ya resuelto reside en los nombres de los contratistas y los beneficiarios de los programas.

Dado que la comprensión del delito continuado, en los aspectos que interesan en esta sede, demanda resolver el problema de su naturaleza jurídica, en lo que sigue desplegaremos una breve caracterización conjunta del instituto.

I. Noción, delimitación y naturaleza jurídica del delito continuado

a) *Noción y delimitación*: Se llama delito continuado a la situación en que un sujeto, con un mismo designio o ejecutando idéntica resolución criminal, realiza una pluralidad de acciones u omisiones homogéneas, en distinto tiempo pero en ocasiones análogas, con las que viola el mismo bien jurídico e infringe el mismo precepto legal.

Conforme explica Antón Oneca en su clásico estudio de la continuación delictiva¹, estos actos separados en el tiempo, pese a integrar la misma figura fundamental de delito, se valoran como uno solo en razón de la homogeneidad de sus elementos. Esto no ocurre, por cierto, en clases generales de delitos

¹ *Delito continuado*, en sus *Obras*. 3 vols. Rubinzal—Culzoni, Buenos Aires, t. I, 2000, págs. (171-218) 171.

con los que puede ser confundida. El delito *de acción simple* o única consta de una actividad no interrumpida, o interrumpida sólo por breves pausas (como el ladrón que durante todo un día desvalija por partes una casa), mientras que en el delito continuado la actividad cesa, para reanudarse tras un período de tiempo lo suficientemente largo como para que la nueva acción aparezca distinta de la primera. Del *delito permanente* se diferencia el continuado en que en aquél sólo se prolonga la consumación, al paso que en éste hay, como se dijo, interrupciones, y por eso “se ha comparado al primero con una línea completa y al segundo con una línea de puntos”². A su turno, en el *delito habitual* los actos que forman el hábito son en sí mismos atípicos, de modo que sólo el conjunto colma la figura legal y es punible, contrariamente a los que constituyen la continuación, que en principio son punibles por separado. En fin, tampoco hay que solapar la continuidad delictuosa con el *delito complejo* o *compuesto*, porque los elementos que el último reúne en una abrazadera o enlace, si son típicos en el sentido de otros delitos de diversa especie, se dan en él de modo simultáneo, no sucesivo, como en el que aquí importa.

En verdad, no son tales distinciones las que generan problemas, sino el propio nombre de delito continuado, ya que la nomenclatura sugiere lo que no se da precisamente en él, a saber, una suerte de delinquir constante o ininterrumpido. Dado que su característica es la discontinuidad, algunos autores prefieren llamarlo delito sucesivo; “mas siendo el uso la autoridad suprema en materias de lenguaje, sería indiscreta pretensión sustituir ahora la denominación más utilizada por los cultivadores del Derecho penal”³.

b) *Naturaleza jurídica*: El problema de su naturaleza, muy ligado a la historia del concepto, es materia disputada por dos teorías.

En Italia, el país de nacimiento y desarrollo del delito continuado, se piensa, en general, que éste representa una *ficción jurídica*, una creación doctrinal en que la operación intelectual de reunir en una sola figura la pluralidad de actos realizados, se apoya en el común designio o plan criminoso que animó a su autor. Tal inteligencia, que se remonta a Farinaccio, en los albores de la Edad Moderna, considera que allí donde hay una pluralidad de acciones u omisiones lesivas de bienes jurídicos e independientes entre sí, habría siempre un concurso real de infracciones. Sin embargo, para evitar la acumulación material de las penas, se estima esos actos como una unidad, unificándose también la sanción. El consciente apartamiento de la realidad, que entraña toda ficción, vendría dictado por el común designio criminoso y una razón de humanidad, para evitar una plétora de puniciones que, de irrogarse sumadas al sujeto, re-

² Ídem, pág. 172.

³ Ibídem, pág. 173.

presentaría hasta cierto punto castigarle varias veces por lo que en su mente fue una misma conducta delictiva, sólo que gradual.

En Alemania, a su turno, cuyo Código, a diferencia del italiano, no contempla *expressis verbis* la figura de que tratamos, existen diversas interpretaciones, todas basadas en que la continuación es una necesidad práctica, puesto que a menudo ni el propio delincuente sabe, por ejemplo, qué cantidades hurtó en cada ocasión ni cuántas veces lo hizo, y porque la demostración procesal de esos hechos y su castigo individual redundarían en un trabajo fatigoso, superfluo y hasta chocante para los tribunales⁴. Pero esto, en verdad, deja sin resolver la naturaleza del concepto, al que bien cabe contemplar de otra manera, esto es, como una *realidad*. En efecto, el delito continuado, una creación normativa, doctrinal primero y recogida por algunas legislaciones después, posee un sustento real, no desmentido por la pluralidad de los episodios que le dan substancia. Actos homogéneos, violadores de una misma norma jurídica, identidad de ocasión y de motivos: todo esto permite una valoración de conjunto, en la que hallan feliz coincidencia tanto la apreciación jurídica como la comprensión popular, pues nadie considerará como varios hurtos cada una de las oportunidades en que un cajero infiel metió la mano en la caja. En este sentido, “no es la unidad del delito continuado menos realidad jurídica que otras figuras legales específicas de infracción, compuestas necesariamente de varias acciones o suficientemente elásticas para dar cabida en ellas a pluralidad de hechos. Por otra parte, los conceptos jurídicos tienen su naturaleza peculiar, y aunque describan hechos naturales no han de adaptarse necesariamente a los mismos”⁵.

II. Sus elementos

Este es el capítulo más controvertido del instituto, y oscila entre el objetivismo alemán y el subjetivismo italiano.

La doctrina clásica asumió como primer requisito de la continuación la unidad de propósito o designio único, adoptado desde el primer momento de las actividades del hechor. Sin embargo, la mayor parte de los casos ofrecidos por la experiencia forense, también la chilena, no muestra una unidad de designio o un dolo global —el que, por lo demás, supondría una unidad natural de la acción que tampoco se da en el delito continuado—, sino una suerte de *caer en la misma tentación cuando se repiten ocasiones análogas*, o si se prefiere, un *dolo criminológicamente entendido* cuya característica es que en él, pese a la

⁴ Así, Jescheck y Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5ª ed., Dunker & Humblot, Berlin, 1996, cfr. pág. 714.

⁵ Antón Oneca, op. cit., pág. 191.

diversidad de las resoluciones volitivas, la repetición de la misma oportunidad determinaría que emerja idéntica tentación, la cual, vencidas ya las resistencias que el sujeto pudo oponer la primera vez, expresaría con frecuencia una disminución de la culpabilidad, una menor capacidad de ajustar la conducta a la representación del deber jurídico. Mediando entre ambos extremos, el Código penal español adoptó una posición mixta o heterogénea, cuando exige que el sujeto obre “en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión” (artículo 74).

Menos discutido es el segundo requisito, a saber, que la pluralidad de actos debe ofender idéntico bien jurídico y violar el mismo precepto legal. En cuanto al tipo aplicable, puede tratarse de uno básico y de sus derivados entre sí, independientemente del artículo del Código o de la Ley que los describa. Tampoco es indispensable la identidad del sujeto pasivo, como exigían algunos Códigos del siglo XIX y la vieja doctrina, opinión que descansaba en el error de confundir la función del Derecho penal en orden a proteger especialmente determinados bienes jurídicos, cuya conservación es de interés general, sin importar su titular, con la tutela de derechos subjetivos⁶. Hoy, por lo demás, se admite que sujetos pasivos pueden ser distintas personas, corolario al que brinda confirmación el citado precepto del Código español. Y si los bienes jurídicos de elevada significación para el individuo, como la vida, la salud o la libertad sexual, son materia de debate a propósito del instituto, nunca ha habido dudas de que éste es decididamente aplicable a los delitos que atentan contra bienes jurídicos susceptibles de una afectación gradual, como los derechos patrimoniales, sean ellos de particulares o del Estado, puesto que en tales infracciones la suma de las ofensas puede formar un delito único, lo que jamás podrá predicarse, *v. gr.*, de la muerte sucesiva de varias personas, o de la violación de distintas mujeres, ataques que no es factible estimar como uno solo y que, antes bien, deben ser sancionados en su real y efectiva concurrencia.

III. Su situación y punibilidad en Chile

El Código chileno no contiene disposiciones específicas sobre el delito continuado, siquiera esta deficiencia, como ha sucedido en otras legislaciones que guardan silencio sobre el argumento, tampoco ha sido óbice para su generalizada admisión en la doctrina y la jurisprudencia.

Por cierto, no se refiere a él el artículo 451 del Código Penal, que contiene una regla especial de reiteración o concurso real de infracciones, sin que consten allí los demás elementos de la categoría y sí, en cambio, una solución punitiva más gravosa para el reo, que no se aviene en absoluto con el sentido de benigno

⁶ *Ibidem*, cfr. pág. 201.

nidad del concepto⁷. Por parejo motivo, tampoco es aplicable a la continuación el artículo 351 del Código Procesal Penal, cuya regla de asperjación, en que la pena mayor se asperja con las restantes, está prevista para hechos repetidos y de la misma especie, siempre que no quepa reconducirlos a la unidad distintiva del delito continuado. En otras palabras, la punición de este último, allí donde se dé, hay que buscarla directamente en las disposiciones de la parte especial donde los tipos describan ofensas graduales o fraccionables a bienes jurídicos, como en el hurto, la apropiación indebida, la estafa, las injurias, los daños, el peculado o, precisamente, el fraude a los entes públicos. No está demás consignar que son numerosos los fallos chilenos que admiten la continuación en los delitos contra los recursos económicos de la Administración Pública⁸.

Por lo que toca a sus requisitos, nos remitimos a lo expuesto en el apartado precedente. En todo caso, hay que reconocer que la jurisprudencia nacional ha sido en extremo vacilante al respecto. Como sea, en el último tiempo tiende a predominar la concepción subjetiva sustentada en la unidad del dolo⁹, entendimiento superado hace rato por la mismísima doctrina italiana, anclada por historia y vocación al subjetivismo sobre el particular.

IV. Continuación y cosa juzgada

Nuestro tema posee relevantes proyecciones en el proceso penal, a cuyo propósito asume importancia la naturaleza que se atribuya al delito que venimos examinando.

En efecto, si el delito continuado representa una realidad, ora natural, ora normativa a fines de simplificación procesal, de él nacerá también una sola acción encaminada a la sanción del responsable. Bien mirado, a la misma conclusión tiene que arribar la teoría que divisa en él una ficción jurídica, ya que si ésta lo considera “como un delito único en virtud de una ficción, única debe ser la acción que deriva de él, y no ya tantas acciones cuantos fueren los hechos que lo constituyen, aun cuando cada uno de éstos, considerado en sí mismo, podría configurar un delito completo”¹⁰. De ahí, por lo pronto, lo

⁷ En el mismo sentido, Novoa Monreal, *Curso de Derecho penal chileno*. Parte general. 2 vols. Ediar ConoSur, Santiago de Chile, 1985, t. II, cfr. pág. 292.

⁸ Sobre lo que puede verse, a propósito de la malversación de caudales públicos, Guzmán Dalbora, *Estudios y defensas penales*. Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2ª ed., 2007, pág. 327, texto y nota 121.

⁹ Sobre el punto, cfr. Cury Urzúa, *Derecho penal*. Parte general. Ediciones de la Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 7ª ed., 2005, pág. 659.

¹⁰ Delitala, *Reato continuato e cosa giudicata nel codice penale vigente en el progetto di codice penale*, en su *Diritto penale*. Raccolta degli scritti. 2 vols. Giuffrè, Milano, t. I, 1976, pág. (519-531) 528.

inadmisible de que el sujeto pasivo, en los delitos de acción privada o aquella dependiente de instancia particular, o el ministerio público en las infracciones de acción pública, puedan prolongar la persecución punitiva *a loro talento*, es decir, a su arbitrio y desmedidamente, reservándose parte de los hechos que forman la continuación para formular nuevas denuncias, querellas o acusaciones para la hora en que el segmento restante esté ya sentenciado¹¹. Un proceder deliberado en este orden de cosas representa un abuso de la Administración de Justicia, tanto porque aniquila la finalidad de simplificación procesal del instituto, cuanto porque desnaturaliza su sentido de benignidad sometiendo al reo a más penas que la única que él merece, a través del torvo expediente de espaciar las denuncias o acusaciones de modo que engendren juicios distintos.

Dicho lo anterior, las relaciones entre delito continuado y cosa juzgada se resuelven sin mayor dificultad. Una sentencia condenatoria por el primero no impide la persecución de hechos posteriores a los que fueron objeto de enjuiciamiento. En otras palabras, si la continuación “prosigue” después de ejecutoriado el fallo, hay que juzgar y penar los nuevos hechos por separado, pues otra cosa equivaldría a conceder una patente de corso al continuador¹². En cambio, si acontece, como suele suceder, que después de la sentencia de condena, que estableció la continuación de ciertos hechos, se llega a conocer otros perpetrados con anterioridad y que forman una unidad con aquéllos, en otras palabras, cuando hubo actos parciales no considerados por el fallo, acaso porque tampoco habían sido descubiertos o no se tenía suficientes pruebas de su ocurrencia, hay que reputarlos como comprendidos dentro de la declaración judicial, porque integran el cúmulo jurídico en que consiste el delito continuado. El respeto a su unidad, con la orientación teleológica que lo distingue —preca- ver la imposición de varias penas al culpable—, así como la salvaguarda de la *res iudicata* y el *ne bis in idem* material, impiden la persecución autónoma de tales situaciones parciales, “incluso cuando dichos actos pueden ser objeto de una valoración distinta desde un punto de vista jurídico”¹³.

¹¹ Idéntico, Antón Oneca, op. cit., cfr. pág. 213.

¹² Punto de vista que puede ser considerado como tradicional, pero contrastado por Delitala, op. et vol. cit., cfr. págs. 528-529, para el cual un nuevo juicio implicaría quebrantar el principio de inherencia (*ne bis in idem*) y violar la autoridad de cosa juzgada del primer fallo. También Romano piensa en nuestros días que el efecto preventivo o de advertencia, que se atribuye a los fallos judiciales, no tiene por qué anular el factor subjetivo que yace tras el mismo designio criminoso, proseguido en este caso tras conocer el reo su condena, por cuyo motivo la continuación sería incompatible con la reincidencia específica. Véase *Commentario sistematico del codice penale*. Publicados, 3 vols. Giuffrè, Milano, t. I, 2ª ed., 1995, pág. 726.

¹³ Maurach, Gössel y Zipf, *Derecho penal*. Parte general. 2 vols. Trad. de Enrique Aimone Gibson y Jorge Bofill Genzsch. Astrea, Buenos Aires, t. II, 1995, pág. 547. Se trata de una opinión generalizada en Alemania. Para España, donde se piensa igual, véase Antón Oneca, op. cit., págs. 214-215.

Estas son apreciaciones más o menos inconcusas en la doctrina extranjera. Pero ella no se ocupa del caso en que el fallo se abstuvo de calificar como delito continuado los hechos por los que condenó, y luego se abre juicio por otros, cometidos en el mismo o semejante arco de tiempo de los primeros. Entendemos que nada impide que en el nuevo juicio se considere todas las acciones singulares, así las «nuevas» como las antiguas —sobre estas últimas servirá como prueba irrefutable el pronunciamiento anterior—, para examinar si en su reunión se da o no la continuidad de que venimos discutiendo. Siendo la respuesta afirmativa, o sea, si aquéllas y éstas quedan unidas por la convergencia de los requisitos de nuestro instituto, unidad que deberá ser declarada por el segundo tribunal, no vemos otra solución que la de sobreseer definitivamente o absolver al reo en el procedimiento ulterior, dado que éste, en el fondo, habrá versado, no ya sobre delitos distintos del precedente, sino de un mismo delito.

Pero, allende estas posibilidades, es decir, sea que la sentencia que condenó a J. M. M. L. haya apreciado o no un delito continuado en los fraudes de que trató el proceso respectivo, la semejanza con éstos de los hechos por los que se le quiere ahora enjuiciar nuevamente, hechos que transcurren en un espacio de tiempo casi coincidente, con unas modalidades ejecutivas por entero análogas, al dictado de la que aparenta ser la misma tentación y en perjuicio de idéntico ente público —el fisco de Chile—, nos hacen pensar que en todos ellos se reúnen todos los elementos que definen la continuación. La única diferencia que existe entre ambas alternativas es que, declarada la continuidad en el primer fallo, no se puede abrir un segundo juicio, y en caso contrario, el segundo tendrá que formular el pronunciamiento faltante y absolver al acusado, siempre en pro de no castigarle dos veces por un mismo título de imputación.

Esta es la opinión del letrado que suscribe, que cederá, como siempre, ante cualquiera otra más autorizada.

DR. DR. H.C. JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

Titular de Derecho penal en la Universidad de Valparaíso

Valparaíso, 19 de noviembre de 2008.

VIII. El delito de fraude al Fisco del artículo 239 del Código Penal

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

Art. 239 del Código Penal (“Fraude al Estado” o “Fraude al Fisco”)

Se emite el presente dictamen o informe en Derecho a petición de la Unidad de estudios de la Defensoría Penal Pública en Valparaíso, quien requirió la opinión del suscrito acerca de un conjunto de cuestiones que suscita la interpretación del artículo 239 del Código Penal, en su aplicación al juicio que se sigue actualmente contra una persona representada por la Defensoría a propósito de ciertos programas de generación de empleo que gestionó el gobierno regional durante el año 2005.

Son motivo de la consulta el objeto jurídico del delito contenido en dicha disposición, sus actividades típicas, los medios de ejecución que admite, la calidad que reviste el sujeto activo, la naturaleza del resultado, si éste es compatible con el dolo eventual y, por último los concursos de Leyes y de delitos de mayor importancia, así como la responsabilidad de posibles *extranei*.

Puesto que tales aspectos demandan una reconstrucción del tipo de injusto, a esta tarea nos abocamos en lo que viene, poniendo especial énfasis en las cuestiones que más interesan a la causa de que se trata aquí —cuyos hechos omitiremos por mor de la brevedad—. Sobre la base de ese esquema procuraremos despejar, al final, los accidentes del delito en materia de participación y concursos.

I. Denominación, fundamento y naturaleza del delito

a) *Denominación*: La figura descrita en el artículo 239 del Código Penal recibe usualmente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia chilenas, los nombres de «fraude al Estado» o «fraude al fisco»¹.

Son términos que nunca han sido empleados en España, ni siquiera durante las luengas décadas en que el Código hispano, hasta la reforma de 1944, aludió

únicamente a la entidad estatal como sujeto pasivo¹. Los penalistas de ese país se atienen a la rúbrica del capítulo respectivo, que habla de *fraudes y exacciones ilegales*, y, ocasionalmente, circunscriben dentro del grupo unos «fraudes de los funcionarios públicos», con lo cual el acento queda colocado antes en el sujeto activo que en el paciente de tales infracciones.

Por su parte, el texto chileno, que innovó en varias facetas sobre la fuente europea, impide adoptar la última preferencia lingüística, tanto porque el delito no lo puede cometer cualquier funcionario público, cuanto porque la mención de las municipalidades y los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, añadidos al Estado por feliz decisión de la Comisión Redactora², subrayan la opción legal de limitar el titular del bien ofendido por una maniobra fraudulenta que surge de las entrañas de la propia organización, a determinados entes de la Administración pública, con la consiguiente atipicidad, en el sentido de la presente figura, de los restantes³.

Por ende, más indicativo nos parece el rótulo *fraude al Estado y a ciertos entes públicos menores* como designación del maleficio. De un bien jurídico específico de tales sujetos pasivos versa esta especie delictuosa. Pero la adecuada comprensión de ésta requiere adentrarnos en su fundamento y naturaleza.

b) **Fundamento:** La razón de ser del delito no queda debidamente expresada con el aserto de que en él habría un abuso de poder por parte del funcionario, en otras palabras, que la esencia de nuestro fraude residiría “en el quebrantamiento del deber de fidelidad en la gestión de los servicios públicos en que por razón de su cargo haya de intervenir el funcionario, quien en todo momento ha de atenerse a las normas administrativas de imparcialidad en la referida gestión”⁴.

Este pensamiento, que en Chile cobra forma en la caracterización del delito como uno contra la «probidad administrativa», pasa por alto que el incumplimiento de los deberes inherentes a ciertas funciones oficiales puede constituir una irregularidad disciplinaria, pero no representa un bien jurídico susceptible

¹ Cfr. Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*. Parte especial. Décimo tercera edición, revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez. Dykinson, Madrid, 1990, pág. 1196. Con la modificación franquista el Código pasó a mentar, además, a las provincias y los municipios. A su vez, el Código vigente, de 1995, se decanta por una fórmula muy superior, sintética, no analítica: *cualquier ente público (artículo 436)*.

² *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora*. Edición crítica con motivo de su centenario, preparada bajo la dirección y con un Estudio preliminar del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Edeval, Valparaíso, 1974, cfr. pág. 522.

³ La limitación concierne a los organismos provistos de personalidad jurídica de Derecho público distinta de la del Estado, como las empresas fiscales. Pero, al interior de aquél, puede darse en cualquiera de sus poderes, órganos y reparticiones.

⁴ Rodríguez Devesa, op. et ed. cit., pág. 1191.

de tutela penal, la que tampoco cabe acoplar a meras desobediencias desligadas de sus efectos sobre un interés común de la colectividad, que no uno simplemente interno y peculiar de la Administración. En otras palabras, la indisciplina administrativa puede asumir relevancia penal siempre y cuando el mal funcionamiento interno de la Administración comprometa el servicio que ésta debe brindar a los administrados.

En verdad, el fundamento del fraude en palabra es exactamente el mismo que el de la malversación de caudales públicos, a saber, la exigencia de establecer, mediante la pena, una garantía redoblada de que la gestión e inversión de los recursos económicos con que cuentan el Estado y otros entes públicos para satisfacer las tareas de interés general que les comete el ordenamiento jurídico, discurren por los cauces que éste predetermina, sin sufrir ataques que provengan de la estructura de dichos organismos. Hay, pues, un maridaje indisoluble entre el patrimonio público y su recta aplicación por aquellos a quienes el Estado, que no tiene ojos ni manos, la confía, confianza de la que abusa el funcionario al supeditar los bienes que forman el acervo fiscal a propósitos ajenos a los que fija el Derecho.

c) **Naturaleza:** Del fundamento de la figura se desprende dócilmente su *naturaleza* jurídica. El fraude contra el Estado y ciertos entes públicos menores ofende en primera línea los medios económicos de la Administración. El contenido patrimonial, dato inconcuso en España y también reconocido en Chile⁵, es el rasgo distintivo del tipo y denota su principal bien jurídico. Pero hay, también, otro objeto de protección, secundario respecto del anterior: la imparcialidad y probidad con que deben desempeñarse las funciones públicas de gestión. De que el patrimonio público es el bien primordial, aquel que confiere sentido a la tutela, y no al revés⁶, son demostración, por una parte, la indicación expresa del resultado, o sea, el perjuicio del ente, menoscabo que, a diferencia de lo que ocurre con los derechos patrimoniales de un simple particular, abarca tanto el daño emergente como el lucro cesante, y, por otra, la pena de multa, que ha de graduarse según el monto perjuicio (multa proporcional). Dicho lo cual se comprenderá que en el Código chileno, contrariamente al modelo español⁷, el

⁵ Para España, cfr., por todos, Muñoz Conde, *Derecho penal*. Parte especial. Tirant lo Blanch, Valencia, 8ª ed., 1990, cfr. págs. 783-784; en la doctrina chilena, Labatut Glens, *Derecho penal*. 2 vols. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. II (Parte especial), 7ª ed., actualizada por Julio Zenteno Vargas, cfr. pág. 69, y Hernández Basualto, *La administración desleal en el Derecho penal chileno*, en la *Revista de Derecho*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, número XXVI, 2005, pág. (201-258) 235: "todo indica que se trata de un delito contra el patrimonio estatal en su conjunto".

⁶ Como, en cambio, parecen suponer Rodríguez Collao y Ossandón Widow, op. cit., cfr. pág. 401.

⁷ En que el atuendo de delito de resultado cortado salta a la vista con el giro "o usare de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público".

delito es de lesión, no de peligro, como las negociaciones incompatibles, y que en él pueden presentarse formas imperfectas de ejecución⁸.

II. El tipo de injusto

Examinaremos a continuación el conjunto de requisitos que debe reunir el acto fraudulento para cimentar el indicio de injusto que conviene a toda realización típica. Como suele ocurrir en los delitos que ofenden la Administración pública, muchos de los caracteres aparentemente descriptivos amadrigan, en verdad, valoraciones jurídicas. Esto recomienda prescindir del análisis clásico de los tipos y estudiar esta figura sin una ordenación previa en elementos descriptivos, normativos y subjetivos.

a) *Sujeto activo y referencia típica a las circunstancias de la acción*: El verbo del artículo 239, defraudar, sólo puede ser conjugado por un empleado público. Se trata, pues, de un delito especial, en lo que hemos de dejar para más adelante su calificación como delito especial propio o impropio.

De momento, anotemos que la referencia típica a las circunstancias en que ocurre la acción acota considerablemente el campo de los funcionarios como sujetos idóneos. Por cierto, ha de tratarse de «operaciones», o lo que es igual, negociaciones o contratos provistos de un contenido económico que se celebran, desarrollan o ejecutan entre un particular y el ente público. Pero apremia aún más poner de relieve que en tales operaciones ha de intervenir el empleado «por razón de su cargo», ya que este es el presupuesto básico de la infracción. Aquí se abren dos posibilidades interpretativas. Un criterio laxo estimará que basta con que el sujeto tenga los bienes «con ocasión de» o «en consideración a» su investidura oficial, y de ello extraerá la conclusión de que la competencia específica del empleado no sería un requisito del tipo. Así, verbigracia, se ha escrito en España que «para la apreciación del delito no se requerirá que el funcionario tenga específicamente atribuidas facultades para contratar o liquidar bienes públicos, sino únicamente la posibilidad de intervenir de hecho, directa o indirectamente, en esas actividades, por ejemplo, por ser éstas desempeñadas por oficina o entidad en la que aquél presta sus servicios»⁹.

Sin embargo, dicha tesis hace violencia a la dicción legal, que no reza «prevaleciéndose» del cargo o de las oportunidades que éste brinda, porque parte de la base de un abuso de ciertas atribuciones, y está impedido de abusar de ellas quien tampoco es capaz de ejercerlas porque no las posee. Esto aparte, semejante interpretación desnaturaliza el sentido del delito y anula la *ratio* de

⁸ Punto *némine discrepante*. Cfr. Politoff Lifschitz, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, op. cit., pág. 476.

⁹ Morales Prats y Rodríguez Puerta, en *Comentarios al nuevo Código penal*, obra colectiva coordinada por Gonzalo Quintero Olivares. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 1905.

su individualidad, aquella que lo diferencia de un fraude vulgar, que no es otra sino la confianza funcional que la Administración cifró en el empleado y que él traiciona. Por lo mismo, la doctrina chilena que ha abordado el problema participa del criterio restringido, al tenor del cual el sujeto debe intervenir en el asunto precisamente en razón de sus funciones. No son suficientes una relación adventicia, ocasional y mucho menos un vínculo ilegal o antirreglamentario con la negociación. Al contrario, el agente habrá de tomar parte en ella (decidiéndola, emitiendo informes, rindiendo cuentas, etc.) en mérito a las funciones propias de su empleo, en otras palabras, tiene que ser competente¹⁰. La base de la competencia podrá ser la Ley, el reglamento, la resolución e incluso la costumbre administrativa; nunca meras relaciones *de facto*. El empleado incompetente, el usurpador de funciones o el que por cualquier derrotero extraño a sus atribuciones se haya inmiscuido en la operación, responderá de los delitos comunes que se configuren en el hecho, con su responsabilidad agravada por la circunstancia 8ª del artículo 12 (prevalimiento del carácter público que tenga el culpable).

He aquí el primer motivo de la atipicidad de la actuación del encartado. De su incompetencia en la gestión de los planes de generación de empleo cuestionados en sede penal, es prueba infalible el dictamen de la Contraloría General de la República, al cierre del sumario administrativo que remató en la propuesta de destituirle. Uno de los fundamentos de la resolución expresa que “lo que se reprocha a don José Manuel Mancilla López es haber ejercido facultades y atribuciones de las cuales no se encontraba legalmente investido, ni le habían sido delegadas en forma oficial, para intervenir en la administración de los recursos fiscales del «Programa de Inversión en la Comunidad», posibilitando con ello la inclusión en los listados de beneficiarios de diversas personas que niegan haber recibido el pago de las sumas giradas a su nombre, otras que sólo se limitaron a desarrollar actividades de carácter político en el último proceso electoral, algunas que efectuaron barrido de calles cercanas a su domicilio, sin ninguna supervisión, y otras que no estaban inscritas en la respectiva Oficina Municipal de Intermediación Laboral o que no tenían la calidad de jefes de hogar”. Si esto no fuese de suyo claro en orden a que el funcionario estuvo lejos de intervenir en las operaciones *por razón de su cargo*, la resolución se encarga de precisar a quién correspondía la gestión de los recursos, o séase, la intendencia de la Región de Valparaíso.

De ahí que la propuesta de destitución se basa en que el antiguo secretario regional del ministerio del trabajo y previsión social infringió la prohibición de ejercer facultades, atribuciones o representación de las que no estaba investido directamente o por delegación de sus superiores. Es que sobre su conducta, con efecto, tiene la palabra el Derecho administrativo, no el magisterio penal.

¹⁰ Cfr. Rodríguez Collao y Ossandón Widow, op. cit., pág. 402.

b) *Actividades típicas alternativas*: Son, en realidad, dos modalidades de un mismo acto, «defraudar», al que la Ley describe primero en su forma activa y, a continuación, en la omisiva de consentir el funcionario que otro defraude.

Del conjunto de pasajes y sentidos en que el Código Penal menciona las palabras defraudar y defraudación, se extrae como nota común la idea de producir un resultado antijurídico a través del fraude como medio de ejecución, entendiendo por éste un obrar engañoso o abusivo de la confianza ajena¹¹. Llama por ello la atención que un sector de la doctrina chilena califique el núcleo del delito que comentamos de indeterminado, y al tipo que lo describe, como una estructura abierta a cuyo abrigo cabría toda suerte de incumplimientos de deberes disciplinarios, aunque no exista propiamente engaño ni abuso de confianza, sino sólo una vaga o genérica mala fe en el obrar del infractor¹². Personalmente, nos parece una inteligencia contraria a la Constitución que impera en el país, cuyo artículo 19, número 3, párrafo final, consagra el principio de tipicidad o determinación de las Leyes punitivas. Teniendo presente que “ninguna norma jurídica puede estar en contraste con las garantías constitucionales, y debe ser interpretada en el espíritu de la Constitución”¹³, hay menester de desarrollar un esfuerzo hermenéutico para establecer si realmente se trata de un tipo abierto, por tanto, inconstitucional, o si, en cambio, la propia Ley, en un esclarecimiento

¹¹ “Medio o modo de obrar engañoso o abusivo de confianza de que se sirve una persona para obtener un resultado antijurídico, y, en concreto, en los delitos contra los derechos patrimoniales, para causar a otro un daño económico y estimable en dinero, tipificado penalmente”. Rivacoba y Rivacoba, *El delito de contrato simulado*. Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 1992, pág. 30.

¹² Así, Urrejola González, *El incumplimiento de deberes funcionarios como medio idóneo para cometer fraude al Estado*, en la *Revista de Derecho*, publicación del Consejo de Defensa del Estado, Santiago de Chile, número 6, abril de 2002, cfr. págs. 99-100. Esta tesis, grata a los intereses fiscales —cuya propinquidad a las cláusulas elásticas y las interpretaciones poco respetuosas de la legalidad es fenómeno conocido, amén de universal—, halla vacilante eco en Rodríguez Collao y Ossandón Widow, op. cit., cfr. pág. 401 (en la 402 opinan que debe de haber un ardid en la conducta del sujeto activo, como medio por el cual se causa el perjuicio). Etcheberry Orthusteguy, *Derecho penal*. 4 vols. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 3ª ed., revisada y actualizada, 1998 (según la cubierta, 1997), t. IV, pág. 247, anota que los medios de producir el perjuicio serían “el engaño o el incumplimiento de ciertos deberes”, aunque no indica cuáles, y que el primero puede ir dirigido a los superiores del autor o a otros funcionarios, al paso que el segundo no requiere engaño, “si bien habitualmente habrá por lo menos una simple mentira”.

En verdad, a la luz de estas confusas y contradictorias manifestaciones, no es la Ley, sino la doctrina la que merece la acusación de indeterminada.

¹³ Böckenförde, *Stato, costituzione, democrazia*. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale. A cura di Michelle Nicoletti e Omar Brino. Giuffrè, Milano, 2006, pág. 215.

lógico y sistemático, no menos que atento a los datos comparativos, ministra puntos de apoyo que acrediten el carácter cerrado de la figura¹⁴.

La segunda opción es la correcta. Por lo pronto, la asociación de este ilícito con las defraudaciones patrimoniales en general ha sido constante en la jurisprudencia del país, como también en la doctrina que lo tiene por un delito especial impropio¹⁵, aunque ésta no precise cuál o cuáles serían los fraudes comunes que le ministran soporte. Pues bien, hay autores que se pronuncian por la estafa, motivo por el cual el artículo 239 representaría sólo un tipo especializado en que debieran cumplirse los requisitos del general, o sea, un engaño dirigido a y causalmente conectado con el perjuicio que se irroga, aquí, al patrimonio público¹⁶. Las críticas contra esta postura no parece que den en el blanco. Se dice, *v. gr.*, que no es factible engañar al Estado, como tampoco a persona jurídica alguna¹⁷, sino sólo a personas bien concretas e individualizadas de la Administración. Pero si lo último es concebible cuando el que engaña es un tercero ajeno a ella, no ocurriría otro tanto entre empleados públicos, “cuyo conocimiento es imputable al conocimiento de la organización, con lo cual se excluye el elemento del «error» en la estafa”¹⁸. También se objeta que cómo podría engañar precisamente aquel que dispone de los fondos, quien decide sobre éstos. Ambos argumentos son de mérito más aparente que real. El primero, porque del «conocimiento de la organización» bien puede servirse mañosamente un funcionario para torcer la voluntad de los demás que deban intervenir en el negocio, sean superiores o subordinados suyos —del mismo modo como se admite que el litigante de un pleito puede engañar al juez y perpetrar una estafa procesal valiéndose de las cogniciones del juzgador, conocimientos vinculados en virtud del principio que ata el impulso procesal a la iniciativa de las partes en los asuntos civiles—. Si, pongamos por caso, el encargado de la adquisición de libros para la biblioteca de una universidad pública hace creer al responsable de

¹⁴ También Hernández Basualto, *op. cit.*, pág. 235, en su crítica del entendimiento que combatimos, considera “preferibles interpretaciones que circunscriban el tipo a alguna de las tradicionales formas defraudatorias”, siquiera arriba a resultados distintos del nuestro, como comprobaremos dentro de poco.

¹⁵ Paradigmático es el caso del desaparecido profesor Francisco Grisolia Corbatón, en su estudio *La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude*. Separata de la *Revista de Ciencias penales*, de Santiago de Chile, t. XXXIV, número 1, 1975, *cfr.* pág. 7.

¹⁶ Politoff Lifschitz, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, *op. cit.*, *cfr.* pág. 476.

¹⁷ Fue la opinión, por demás exactísima, de Rivacoba y Rivacoba, *op. cit.*, *cfr.* pág. 30, quien, en consecuencia, apreció en el equivalente español del precepto nacional una suerte de fraude por abuso de confianza, en que el empleado se prevale de la situación de ventaja que le proporciona su cargo y, desde tal plataforma privilegiada, produce el perjuicio en las arcas fiscales. Es esta, mucho nos tememos, una variante de la tesis del tipo abierto o indeterminado.

¹⁸ Hernández Basualto, *op. cit.*, pág. 236, nota 125.

finanzas que los volúmenes cuya orden de compra solicitó valen lo que él indica, en circunstancias que la cotización respectiva fue abultada a fin de que el sujeto recibiese una comisión de la editorial o librería vendedores, hay engaño y, concluida la compra y pagada la obligación, un perjuicio consumado por la diferencia entre el costo real y el que se simuló¹⁹. El segundo argumento tampoco convence, ya que si el funcionario tuviere la administración o disposición de los caudales, desaparece el presupuesto básico del artículo 239 y el aparente defraudador, que en verdad subtrae los fondos, responde de peculado (artículo 233), sin que en ello importe que haya desplegado un artificio para entrar en posesión de los haberes²⁰.

Sin embargo, existen algunas diferencias entre la sedicente especie y la estafa común²¹. Esta última requiere ánimo de lucro, propio o ajeno, disposición subjetiva que tanto puede darse como faltar en el autor de fraude a los entes públicos²². Asimismo, el engaño puede presentarse en él antes o después de un acto oficial de disposición —admitiendo que lo hubiese habido—, parecidamente al delito de contrato simulado²³. Entre otras hipótesis, el engaño *subsequens*, aunque siempre productor del perjuicio patrimonial, acostumbra a deslizarse en las rendiciones de cuenta. En fin, el resultado de la estafa no se extiende al lucro cesante, mientras que en los fraudes producidos en su seno queda de manifiesto cómo el Estado, al proteger incluso lo que dejó de ganar, juega con ventaja respecto de los particulares. Bien se percibe que con semejantes peculiaridades deviene apresurado afirmar que esta defraudación repre-

¹⁹ Sin nombrar el concurso del fraude con un cohecho pasivo impropio. Véase el régimen de punición de entrambos delitos en el artículo 249, inciso segundo.

²⁰ No hay concurso aparente de Leyes penales entre peculado y fraude a los entes públicos, sino una relación de heterogeneidad o exclusión, semejante a la que divorcia la apropiación indebida de la estafa, también regidas por un *aut-aut* (o esto o aquello). Cfr. Guzmán Dalbora, *La malversación de caudales públicos en el Código Penal chileno*, en el libro *Estudios y defensas penales*. Prólogo de Sergio Politoff Lifschitz. LexisNexis, Santiago de Chile, 2ª edición, aumentada, 2007, pág. 235.

²¹ Diferencias que ignora la doctrina española, con su tendencia a mirar la primera como una clase de la segunda, de la que debiera reproducir la estructura clásica. Así, entre muchos, Mestre Delgado, en la obra colectiva *Derecho Penal*. Parte especial, coordinada por Carmen Lamarca Pérez. Colex, Madrid, 3ª ed., 2005, cfr. pág. 598.

²² Reserva hecha de los escritores que piensan, en sentir que no compartimos, que el *animus lucri faciendí* tampoco está encapsulado en la voz defraudar, por lo que podría cometer estafa el sujeto al que sólo guió el propósito de perjudicar el patrimonio de otro. De tal criterio, Politoff Lifschitz, *Los elementos subjetivos del tipo legal*. B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2ª edición, revisada por José Luis Guzmán Dalbora, 2008, cfr. págs. 144-145.

²³ Cuando ocurre lo segundo, esto es, se simula una situación para dar la impresión falsa de inexistencia de una obligación de contenido económico, hay una forma de fraude que no es estafa, pero tampoco una defraudación por abuso de confianza, ya que está ausente lo característico de éste. Rivacoba y Rivacoba, op. cit., cfr. pág. 63.

senta invariablemente un delito especial impropio. Cuando quiera que en ella concurren todos los elementos típicos de la estafa, y en su sucesión (engaño-error-acto de disposición-perjuicio patrimonial), ésta será el delito común; pero si ese orden está alterado, no existió acto de disposición o ánimo lucrativo en el agente, sino sólo un engaño perjudicial para la hacienda pública, el afán de buscarle una figura genérica como respaldo es vano.

Empeño estéril, además, porque el país no conoce un tipo general de administración desleal de negocios ajenos, delito de origen germánico al que distingue el hecho de que el autor cuenta con poderes legítimos de disposición sobre un patrimonio y abusa de la facultad mediante un ejercicio irregular y nocivo de los intereses que se le confió. Nuestros raquíticos fraudes por abuso de confianza llegan sólo a la apropiación indebida y el abuso de firma en blanco (artículo 470, números 1º y 3º, del Código). En el sistema de tutela de la hacienda pública cabe considerar las negociaciones incompatibles (artículo 240), en que la gestión desleal del funcionario es ostensible²⁴, pero no el fraude glosado, como postula algún autor en el último tiempo, salvo que nos sintamos propensos a aprobar que con el abuso de confianza como medio relevante y característico, se deje el delito a merced de los inciertos perfiles de las figuras abiertas²⁵.

Otra singularidad de éste frente a las estafas radica en la descripción expresa de la comisión por omisión. Si en la estafa consiste en el aprovechamiento del autor de un error preexistente en la víctima, estando en posición de garante del bien jurídico y teniendo el deber de advertirla, cosa que no hace y, en cambio, deja correr una secuencia causal que él no inició, y si a esa forma de ejecución, a diferencia de otros ordenamientos, sólo cabe llegar en Chile merced a la interpretación del núcleo típico, nuestro delito torna innecesaria la tarea. El empleado que consiente que otro defraude al ente público responde, no por lo que hizo, sino por lo que se abstuvo de realizar: impedir el perjuicio de la Administración. Mas para que eso acontezca es imprescindible que su cargo y responsabilidad lo coloquen en posición de garante de los intereses económicos de aquélla. El giro *“en las operaciones en que intervinere por razón de su cargo”* rige también la variante omisiva del fraude. Dado esto, carece de importancia que entre el particular que defrauda y el funcionario que permite la fechoría exista un *pactum sceleris* o que el primero gane terreno de la simple complacencia del segundo, ya que en ninguna de las hipótesis los sujetos serán coautores. Cada cual será llamado a responder por un título autónomo de imputación.

²⁴ Idéntico, en España, Rodríguez Devesa, op. et. ed. cit., cfr. págs. 1191-1192.

²⁵ El propio fautor de la interpretación, Hernández Basualto, op. cit., cfr. págs. 236-239, reconoce que ella se condice con la concepción del delito como uno de contenido típico indeterminado, y, de hecho, no recomienda adoptar el artículo 239 como modelo en la tarea pendiente de construir en Chile un delito de administración desleal o infiel (pág. 239).

Con lo que llegamos al segundo motivo de la atipicidad del comportamiento de Mancilla López. A la luz de los antecedentes que manejamos, no parece que él haya obtenido engañosamente de sus superiores los fondos necesarios para los planes de generación de empleo en la Región de Valparaíso. Si hubo aquí engaño, lo cometieron otros, aparentemente al cobrar del fisco el pago de sueldos a personas que no los recibieron o por haber ejecutado trabajos diversos de los que pretendía el gobierno como meta de una inversión social. Sin embargo, siendo Mancilla incompetente para intervenir en esa operación, tampoco estaba obligado como garante del patrimonio público. Que no haya evitado pagos improcedentes puede fundar una responsabilidad disciplinaria, máxime si se recuerda que el Derecho administrativo no consulta tipos de infracción dotados de los firmes contornos que impone a los penales el principio de legalidad. Pero nada más.

c) *El resultado*: El evento típico de la acción diverge del de las defraudaciones comunes en el aspecto que abocetamos *supra*. Mientras en la estafa el perjuicio ha de establecerse tomando en cuenta la situación existente al momento de cometerse el delito, con la consiguiente imposibilidad de computar en él aquellos elementos que todavía no habían ingresado a la parte activa del patrimonio²⁶, el artículo 239 mienta *expressis verbis* el lucro legítimo que el sujeto pasivo dejó de percibir, en otras palabras, las expectativas ciertas de ganancia económica involucradas en la operación.

Pero media una diferencia suplementaria. En la controvertida cuestión de cómo se mide el menoscabo patrimonial en la estafa, tema en que repercuten contrapuestas teorías (jurídica, económica, mixta y personal, con sus respectivas variantes) acerca de la naturaleza jurídica del patrimonio, predomina el pensamiento de que esa valoración ha de ser objetiva, lo que significa que la estimación de su cuantía debe realizarse siguiendo un módulo económico general, no la opinión del sujeto pasivo. Con todo, alguna de esas teorías atribuye importancia, también, a las necesidades del engañado y los fines que él se propuso con el negocio en que le dieron un chasco. La frustración del fin o causa del acto jurídico, desde la perspectiva del paciente, pasa a ser esencial para la doctrina llamada personalista, según la cual el daño de la estafa existe cuando el titular del patrimonio, a resultas del acto de disposición motivado por engaño, no pudo conseguir el fin económico que perseguía, en particular si la contraprestación que recibió carece de utilidad objetiva para él, por ejemplo, cuando el especialista en Derecho civil, creyendo subscribirse a una revista de

²⁶ "Dicho de otra manera, el perjuicio patrimonial está integrado sólo por el *daño emergente*; el *lucro cesante* únicamente viene en consideración para determinar el alcance de la responsabilidad civil". Rodríguez Devesa, op. et. ed. cit., pág. 500.

su materia, inducido a error por el agente termina por abonarse a una publicación de gastroenterología²⁷.

Ahora, si semejante manera de enfocar el problema puede tener algún asidero en la estafa, supuesto que se acoja la idea de que la tutela punitiva de los derechos patrimoniales no tiene en mira el acervo económico en cuanto un fin en sí mismo, sino como medio para el libre desarrollo de la personalidad del derechohabiente²⁸, no nos parece que pueda concedérsele plaza en los tipos que se ocupan de la protección penal de la Hacienda pública. Y es que aquí no está en liza el desenvolvimiento de la personalidad de nadie —sólo una concepción totalitaria del Estado le atribuirá personalidad, necesidades e intereses análogos a los de los individuos—, sino sólo el imperativo de impedir una gestión incorrecta de los recursos, una inversión ilegal que los reduzca en su concreta entidad. De lo que se sigue que si el Estado aprobó unas partidas presupuestarias para invertir las en programas de absorción de empleo, estipulando que los programas tenían por objeto facilitar la reinserción efectiva de jefes de hogar en condición de paro forzoso, mediante iniciativas que posibiliten el acceso de éstos a empleos permanentes y de obras que presenten un «claro beneficio comunitario», estaremos ante una defraudación cada vez que los órganos competentes desembolsen dinero público para pagar por trabajos no realizados o a sujetos que no reúnan los requisitos de selección de los beneficiarios legítimos, mas no si las personas eran desempleadas y debían mantener una familia, pero, en el hecho, fueron remuneradas por su desempeño en actividades privadas, como pudiera ser una campaña de proselitismo a favor de algún candidato o partido políticos. Va de suyo que si el funcionario invirtió los caudales a su cargo en semejantes fines, los que no están reconocidos como de incumbencia de las reparticiones públicas, existirá peculado o distracción de fondos (artículos 233 y 235, respectivamente), que no aplicación pública diferente (artículo 236)²⁹. Pero ya expresamos que el acusado en el presente juicio tampoco cumple con el supuesto de esos graves maleficios. He aquí el tercer motivo de la atipicidad de su conducta.

²⁷ Sobre este particular, en castellano, véase el clásico estudio de Antón Oneca, *Las estafas y otros engaños, en sus Obras*. Publicados, 3 vols. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, t. III, 2003, págs. (69-162) 102-103.

²⁸ En su lugar, la frustración de las expectativas individuales carece de relevancia para las teorías económica y jurídica del patrimonio. "Ello es así porque según el criterio económico el sujeto se ha visto compensado por otro objeto de igual valor, y según el criterio jurídico el Derecho sólo protege el cumplimiento del contrato, esto es, la entrega de la cosa, pero no las necesidades o deseos del adquirente". Gladys Romero, *Delito de estafa*. Hammurabi, Buenos Aires, 2ª ed., corregida, actualizada y ampliada, 1998, pág. 320.

²⁹ Cfr. Guzmán Dalbora, op. et ed. cits., págs. 345-346.

III. Elementos subjetivos y accidentes del delito

Un elemento subjetivo de lo injusto, el *ánimo de defraudar* o perjudicar patrimonialmente, es requisito inconcuso en el tipo español del fraude a los entes públicos, atendida su configuración como delito de tendencia interna trascendente³⁰. La construcción mixta, objetivo-subjetiva, del juicio de antijuridicidad, arroja como corolario, en sede de culpabilidad, que el dolo sólo puede ser directo.

El Código chileno, como sabemos, dio a la figura la estampa de un delito de resultado. No forman parte de ella ni el ánimo de lucro ni el designio de defraudar. Así y todo, la doctrina conviene en la insuficiencia del dolo eventual³¹. En efecto, el engaño pertenece a esos procesos psíquicos cuyas elaboración interna y manifestación exterior no pueden emprenderse con éxito si su autor tampoco está completamente persuadido de lo promisorio de su plan. Éste y los efectos de la representación tienen que ser queridos, no simplemente objeto de aquiescencia. Conocidos los puntos de contacto entre estafador y actor, pero también que la estafa demanda unas habilidades superiores a las de la actuación teatral —puesto que el público de la sala de teatro se presta voluntariamente a la escenificación, actitud que, a su turno, el delincuente tiene que generar en la víctima, siendo imprescindible “que esté convencido de la realidad de su papel para poder convencer a los demás”³²—, la exigencia de dolo directo, dictada por la índole de la acción en su relación con el resultado, es inevitable.

Muy escuetos seremos en el terreno de los accidentes del delito. El *extraneus* que defrauda al estado u a algún ente público menor nunca responderá en virtud de aquél, ni siquiera si su intervención se limitó a la de mero partícipe. Cuando en el hecho converjan los elementos de una estafa, será autor, cómplice o instigador del tipo básico (artículo 473), o de alguno de los calificados previstos en los artículos 468 y 470, número 8º, “según el medio engañoso empleado o la clase de provecho que se obtenga”³³.

Finalmente, la reiteración de fraudes, una forma de concurso real, descansa en que no se dé entre ellos unidad de la acción ni continuación delictiva. Para el delito continuado no es indispensable un mismo designio criminal adoptado

³⁰ Cfr. *supra*, texto y nota 10, y Sánchez Ocaña, en *Código Penal comentado*. Obra colectiva coordinada por Jacobo López Barja de Quiroga y Luis Rodríguez Ramos. Akal, Madrid, 1990, págs. 734-735.

³¹ Cfr. Rodríguez Collao y Ossandón Widow, op. cit., pág. 406, y Politoff Lifschitz, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, op. cit., pág. 476.

³² Hans von Hentig, *Estudios de Psicología criminal. III. La estafa*. Traducción castellana y notas de José María Rodríguez Devesa. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1960, pág. 162.

³³ Politoff Lifschitz, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, op. cit., pág. 477. La clase de engaño aconseja parar mientes en la conducta del funcionario, sobre todo en los casos de mera participación de *extranei*.

desde el principio por el autor, sino que éste, aprovechando ocasiones análogas y cediendo a la misma tentación, vulnera mediante actos distintos, en infracción del mismo precepto legal, idéntico bien jurídico. Por consiguiente, los fraudes cometidos en el marco de dos proyectos de generación de empleo que se desarrollaron en un único o muy semejante espacio de tiempo, con la intervención de las mismas personas, del servicio y extrañas a él, obliga a reunir los distintos resultados (cada uno de los pagos a los contratistas), a los que animó el mismo y acotado fin: contribuir a un proceso electoral, en un único delito, continuado, cuya pena es la establecida en el artículo 239.

Esta es la opinión del letrado que suscribe, que cederá, como siempre, ante cualquiera otra más autorizada.

DR. DR. H.C. JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

Titular de Derecho penal en la Universidad de Valparaíso

Valparaíso, 28 de julio de 2008.

IX. Los delitos de prevaricación y negociación incompatible imputados a R.D.M.

JUAN IGNACIO PIÑA ROCHEFORT

Se me ha solicitado informar en Derecho sobre la eventual comisión de los delitos de prevaricación, asociación ilícita y negociación incompatible, por parte del imputado señor R. D. M., Seremi de Educación de la Región del Maule. Para dicho cometido se ha contado con una copia de la carpeta de investigación fiscal proporcionada por la Defensoría Regional del Maule. La presente minuta hace constar los aspectos fácticos y jurídicos relevantes que debe contener el informe solicitado.

I. Pormenores fácticos de la causa

- La causa se inicia por una querrela presentada por doña L. L., representante legal de la sociedad educacional San Andrés Limitada. Dicha sociedad cuenta con 6 colegios y una escuela de párvulos, que se enfocan en niños y jóvenes con riesgo social y que cuenta con más de 13 años de funcionamiento.
- Si bien todos los colegios son sostenidos por la sociedad de educación, cada uno es una unidad distinta con diferentes roles, direcciones, profesores, alumnos, patentes, etc.
- En la querrela se señala que sólo el colegio San Andrés N°3 presentaba un funcionamiento anormal debido a una huelga de profesores producto de diferencias económicas entre éstos y la administración.
- Ante la imposibilidad que impone la Ley laboral de reemplazar a los profesores en huelga se suspendieron las clases, lo que fue comunicado al imputado R. D. M. en su calidad de SEREMI de Educación. Éste último —según los antecedentes recibidos— habría exigido que el colegio continuara en funcionamiento tomando como una de las medidas adelantar el cierre del año escolar.
- Según el libelo del querellante, ello habría devenido en un “injusto acoso” por parte de la autoridad fiscalizadora en general, que generó que el imputado revocara el reconocimiento oficial de los colegios San Andrés.

- Los hechos que se le imputan al querellado son específicamente los siguientes:
 - Cierre de todos los colegios por término anticipado del año escolar, a partir del día 16 de noviembre de 2007, para cuya decisión no estaría facultado.
 - Llamamiento público a no matricular educandos en ninguno de los colegios San Andrés, en una reunión sostenida con apoderados el día 13 de noviembre en las dependencias de la SEREMI de educación.
 - Suspensión de la subvención, sin estar facultado para ello. A este respecto señalan que no tendría facultad para poner término anticipado al año escolar en virtud de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República y se analizan los fundamentos que da el querellado en la resolución 2510:
 - Art. 11 del DS 225, que faculta al SEREMI para resolver dentro de la esfera de sus atribuciones en concordancia con la realidad de la respectiva jurisdicción las situaciones no previstas en el DS 225.
La duración del año lectivo está prevista en el artículo 3 del mencionado decreto, por lo que no se encontraría dentro de sus atribuciones la materia que resolvió.
Si estimaba que no se cumplían con las obligaciones del sostenedor debió realizar un proceso en virtud de lo dispuesto en el DFL N°2 de 1998.
 - Art. 13 del Decreto exento 83 de 200, que señala que las situaciones de evaluación, calificación y promoción no previstas en el referido decreto serán resueltas por las Seremis de educación, dentro del ámbito de sus respectivas competencias.
 - Art. 11 del Decreto 112, que se refiere a las situaciones de evaluación y promoción escolar no previstas en el mismo, las que serán resueltas por el seremi de educación.
 - D.E 1223 de 2002 que señala que en situaciones excepcionales que puedan producir serios perjuicios a los alumnos, se faculta al jefe del departamento provincial de educación para arbitrar las medidas para el término del año escolar.
- Para fundar la asociación ilícita se preguntan por los móviles del querellado para adoptar las decisiones que tomó, señalando que estos serían sacar del medio de la prestación del servicio de educación a la sociedad San Andrés. En conjunto con otros personeros, como el diputado Sr. S. A., la ins-

pección del trabajo, la ministro de educación. Señalando que se investigue la conexión entre estos distintos agentes públicos.

- Añaden como antecedente que don R. D. M. es parte de la sociedad Muñoz y Albornoz compañía limitada que tiene como giro el educacional.
- Recurso de protección ante la retención de la subvención: sería una medida arbitraria por falta de proporcionalidad entre el monto de las multas cuyo pago se pretende asegurar y el monto de las subvenciones retenidas.
- Con fecha 31 de enero el Consejo de Defensa del Estado decidió no ejercer acciones penales contra el SEREMI.
- Con fecha 02 de enero de 2008 se amplía la querrela presentada señalando que el SEREMI debía pagar unas sumas correspondientes a un bono especial de navidad y aguinaldo de navidad del año 2007, los cuales no fueron cancelados porque existía una medida precautoria del 2º Juzgado de Talca, lo que no habría sido cierto ya que ese mismo día se había alzado, es decir se habría negado sin causa suficiente. Lo que sería constitutivo del delito del Art. 237 del CP.
- Asimismo con fecha 28 de diciembre de amplia la querrela contra P. G. F., funcionaria del SEREMI (investigadora) en calidad de cómplice.
- En su declaración el Sr. R. D. M. señala que durante el año 2006 recibieron una serie de denuncias de apoderados y profesores asociados al incumplimiento de la normativa legal por parte de los establecimientos de la sociedad educacional San Andrés. Por esta razón se visitaron los mismos, dando cuenta de irregularidades, tales como; incurrir en atrasos reiterados en el pago de bonos a docentes y no docentes, adeudar al personal del establecimiento aguinaldos de fiestas patrias y navidad de los años 2003, 2004 y 2005, mantener personas no autorizadas para ejercer funciones docentes, incumplimiento de horarios de clases, no realización de clases, cobrar subvención por alumnos en cursos de lenguaje son contar con documentación de respaldo, etc. Es decir señala que ya antes de la huelga de profesores existían situaciones que motivaron los procesos administrativos.
- También señala que la huelga afectó a todos los colegios de la sociedad.
- Y que sus facultades para adoptar tal resolución (termino anticipado del año escolar) fluyen del DSE N°225 de 1987, Art. 11.
- Respecto de la resolución que quitó la subvención, se trataría de una medida precautoria para el aseguramiento de las multas ante las presuntas faltas o infracciones y cuya facultada emana del Art. 32 del DS N°8144 de 1980.

Revisados los antecedentes anteriores, resulta evidente que no puede ser objeto de este informe el dar por acreditada la existencia o inexistencia de los hechos tal como afirman las partes involucradas en el proceso. Por el contrario, el cometido de este informante será exclusivamente hacer presentes las con-

diciones que deben cumplirse para que fuese posible una imputación en el marco de los delitos denunciados.

Para estos efectos resulta ilustrador tener presente que la Defensoría Regional del Maule ha solicitado la realización de un análisis de los tipos penales de prevaricación y negociación incompatible, por las que se encuentra querellado don R. D. M..

II. Generalidades de ambas figuras en cuanto delitos funcionarios

Tanto el delito contemplado en el artículo 228 del Código Penal como el del artículo 240 son delitos funcionarios. Ello implica que se trata de delitos especiales en que se exige que el autor cuente con la cualidad especial de funcionario público. Ello acarrea implicancias de sobra conocidas en el ámbito de la autoría y participación que no parecen ser especialmente relevantes al cometido de este informe. Se trata, en definitiva, de delitos especiales, en que tal calidad es consustancial a su comisión. Sin la calidad de funcionario público no es posible cometer estos delitos

Lo que nuestro ordenamiento punitivo considera como empleado público está contenido en el artículo 260 del Código Penal. La referida norma dispone que para los efectos de este Título (el V) y del Párrafo IV del Título III, *se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.*

Sin duda en el caso que se informa, la calidad de SEREMI de Educación de la Región del Maule satisface plenamente esta exigencia de modo que debe darse por satisfecho este requisito del sujeto activo en ambos tipos penales¹.

De cualquier modo, es imprescindible tener presente que no se trata simplemente de que el autor sea un funcionario público en sentido formal (legalmente nombrado como tal), sino que existen requisitos adicionales para cada uno de los tipos informados.

A. Tipificación del artículo 228 (prevaricación administrativa)

Dispone el artículo 228 del Código Penal que *“El que, desempeñando un empleo público no perteneciente al orden judicial, dictare a sabiendas providencia o resolución manifiestamente injusta en negocio contencioso—administrativo*

¹ Los delitos analizados se encuentran precisamente en el Título V del Libro II del CP, de modo que esta definición (que jurisprudencialmente además se ha hecho extensiva a otras disposiciones legales fuera de las enunciadas) es plenamente aplicable.

o meramente administrativo, incurrirá en las penas de suspensión del empleo en su grado medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales.

Si la resolución o providencia manifiestamente injusta la diere por negligencia o ignorancia inexcusables, las penas serán suspensión en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”.

La norma contempla una forma especial de prevaricación, esto es la de empleados públicos no pertenecientes al orden judicial o también denominada prevaricación administrativa². Los dos incisos distinguen una forma de comisión dolosa (inciso 1º) y una imprudente (2º).

El bien jurídico protegido en este delito es el pleno sometimiento del ejercicio de la función pública administrativa en su dimensión resolutoria a la Ley y al derecho. Ello ha querido hacerse constar con la expresión manifiestamente injusta, es decir, apartada de la justicia no de un modo accidental o sometible a razonable discusión, sino que un distanciamiento de la justicia que resulte manifiesto.

Por lo mismo esta incriminación responde a la consagración constitucional de este bien jurídico en el artículo 6º de la CPR. En dicha norma se consagra el necesario sometimiento de todos los órganos del Estado a la Constitución y a las normas dictadas conforme ella.

En lo que respecta al sujeto activo se incorpora una complementación a la exigencia de que se trata de un funcionario público. Ello porque únicamente se trata de aquellos funcionarios de la administración que tuvieren competencia para manifestar una voluntad decisoria a través de la dictación de una providencia o resolución sea en un negocio contencioso administrativo, es decir, cuando se somete a su decisión administrativa dos posiciones enfrentadas litigiosamente o meramente administrativa, es decir cuando simplemente se somete a su aprobación administrativa una solicitud que no implica contradictoriedad de partes.

Como hemos hecho presente la conducta típica consiste en dictar una providencia o resolución manifiestamente injusta, en las materias sometidas a su competencia. Se trata, en efecto, de una conducta más amplia que la sancionada en la prevaricación judicial, pues se incluyen todo tipo de providencias o resoluciones y no solo aquellas que deciden el asunto en sentido estricto. Desde esta perspectiva, sin embargo, es necesario que el acto represente una

² A pesar de algunas críticas que pueden encontrarse en la literatura nacional, no es incorrecto, denominar a esta figura como prevaricación, pues en estricto sentido se trata de una infracción al deber de aplicar correctamente las Leyes y que se da en un contexto del desempeño de funciones jurisdiccionales.

manifestación de voluntad de contenido decisorio, con aptitud para afectar los derechos o intereses de los administrados³.

El carácter injusto del delito solo puede provenir de su contradicción con el texto expreso de una Ley, ello en relación tanto con la utilización de una fórmula análoga en los artículos 224 y 223, como por su tratamiento bajo el epígrafe de la prevaricación. Está construido sobre la base de un elemento normativo amplio “manifiestamente injusto” cuya cualificación corresponde al juez del fondo. De cualquier forma sobra hacer presente que esa injusticia tiene que ser material y producir consecuencias para las partes o intervinientes que desmejoren su posición. Dista la intención de la figura de someter a la decisión de los jueces en lo criminal de la idoneidad de las decisiones que corresponde a la autoridad administrativa o incluso que sean revisables por los tribunales de sede civil. La calificación correspondiente al tribunal en lo criminal es de la envergadura del apartamiento de la resolución de las disposiciones legales o atribuciones del órgano que la evacua. Desde esta perspectiva una decisión no compartida pero que puede razonablemente argumentarse no podrá dar jamás lugar a responsabilidad penal por esta forma de prevaricación.

B. Tipificación del artículo 240

“El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquiera clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y liquidadores comerciales respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación, partición o administración intervinieren, y a los guardadores y albaceas tenedores de bienes respecto de los pertenecientes a sus pupilos y testamentarias.

Las mismas penas se impondrán a las personas relacionadas en este artículo, si en el negocio u operación confiados a su cargo diere interés a su cónyuge, a alguno de sus ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad o afinidad, a sus colaterales legítimos, por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive y por afinidad hasta el segundo también inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, o a personas ligadas a él por adopción. Asimismo, se sancionará con iguales penas al empleado público que en el negocio u operación en que deba intervenir por razón de su cargo diere interés a terceros asociados con él o con las personas indicadas en el inciso precedente, o a

³ Quedan por tanto excluidas otras actuaciones, como la emisión de informes y dictámenes. Lo fundamental es la capacidad resolutoria de la actuación y que afecte a al menos un ciudadano.

sociedades, asociaciones o empresas en las que dichos terceros o esas personas tengan interés social, superior al diez por ciento si la sociedad es anónima, o ejerzan su administración en cualquiera forma”.

En esta tipificación el bien jurídico protegido es la propia función administrativa, cuyo correcto desempeño exige que los intereses del estado no se entremezclen con los intereses que el propio funcionario tenga en el contrato que ha de suscribir o la negociación en la que ha de participar a su nombre. Precisamente en este punto reside el eje de la imputación que por una parte hace bastante restringida su aplicación general y, consecuentemente, impiden que sea aplicable al caso que se informa.

El delito puede realizarse a través de cualquier de dos modalidades: tomar o dar interés. Ninguna de ellas implica la idea de obtención efectiva de ventajas, es más, incluso puede resultar perjudicial. Lo importante es que la operación que se realiza⁴ implique un conflicto de intereses público-privados en que el funcionario deba participar de la duplicidad de posiciones incompatibles.

La exigencia típica es que el funcionario tenga interés directo o indirecto en el contrato o negocio en que debe intervenir en razón de su cargo. No se trata de un interés consecuencial, es decir, que como consecuencia pueda producirle un interés, se trata de que el interés debe estar alojado en el contrato o negocio mismo. Esto ocurre simplemente cuando el funcionario debe realizar adquisiciones de productos y lo hace a una empresa proveedora que le pertenece, o como cuando negocia los términos de una adjudicación con una empresa contratista en la que tiene una participación societaria.

En casos como los anteriores el funcionario entremezcla los intereses del fisco con los suyos propios generando una incompatibilidad en que el incremento de su ganancia implica un desmedro para los intereses públicos y viceversa. Por eso precisamente no se trata de una negociación ilícita, sino que simplemente incompatible por el conflicto de intereses en que se encuentra el funcionario.

Precisamente ello excluye intereses distantes o consecuenciales como por ejemplo no adjudicar a un buen oferente que es su competidor en otros rubros para desmejorar su caja y dejarlo fuera de otras licitaciones en que le podría competir. O cerrar un establecimiento educacional para que los alumnos que queden sin matrícula se trasladen a otro subvencionado en que participa como gestor o socio. En estos casos no hay interés en el preciso o contrato o negocio en que participa en razón de su cargo, sin perjuicio de que ello puede constituir

⁴ Si bien se trata de un delito de mera actividad, en que el tipo no exige más que interesarse para consumir el delito, jurisprudencialmente se ha restringido la interpretación de este elemento exigiendo que cuando menos se haya concretado el negocio o contrato. De no ser así, el delito es meramente tentado, pues no cabe la frustración.

una prevaricación administrativa en caso que se trate de resoluciones manifiestamente injustas.

Desde esta perspectiva, no es posible afirmar que de los antecedentes recibidos y tenidos a la vista se pueda imputar el tipo de negociación incompatible.

Juan Ignacio Piña Rochefort

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho. Universidad de los Andes

X. Malversación de caudales públicos, causa Ministerio Público contra J.A.D.M. y L.A.M.Q.

JUAN IGNACIO PIÑA ROCHEFORT

I. Antecedentes

Se me ha solicitado informar en Derecho acerca del alcance y aplicación de la tipificación contenida en el artículo 233 del Código Penal, en relación con la formalización de la investigación que el Ministerio Público ha realizado en contra de J.A.D.M. y L.A.M.Q.

Los antecedentes que se han tenido a la vista son aquellos enumerados en el Memorándum TLC/N° 93/2010, de la Defensoría Penal Pública de Talca, consistentes fundamentalmente en: denuncia del Gobierno Regional; querrela y ampliación interpuestas por el Consejo de Defensa del Estado; actuaciones ante el juzgado de garantía, especialmente el acta de formalización de la investigación; Acta sesión ordinaria Consejo Regional del Maule N° 397; diversas piezas del sumario administrativo seguido por la Contraloría General de la República, incluidas las declaraciones y descargos de los imputados; y diversa documentación, en la que destacan: contrato de prestación de servicios entre Corporación de Desarrollo e Inversiones del Maule (en adelante “CD Maule”) y R.D.V. facturas emitidas por P.T., Convenio entre CD Maule y Universidad de Talca, informe de auditoría de ACG Chile al Proyecto, Convenio celebrado entre el Gobierno Regional del Maule y la CD Maule, Resolución N° 665 que determina las funciones legales en el Gobierno Regional del Maule, Resolución N° 801 de asignación de funciones a L.A.M.Q. y Resolución que aprueba la determinación de funciones de los administradores de proyectos.

No corresponde a este informante valorar los antecedentes que se encuentren en la referida investigación ni dar hechos por acreditados, sino explicitar el contenido y alcance las disposiciones legales pertinentes desde la óptica de la regulación punitiva chilena.

Los puntos que se ha solicitado informar son los siguientes:

1. La procedencia del tipo penal especialmente respecto de la descripción de “tener a su cargo caudales o efectos públicos”
2. La responsabilidad que tenían como jefes de quien debía controlar efectivamente la rendición
3. La posibilidad de fiscalizar efectivamente la inversión de fondos que se hacía en el extranjero

Para enfrentar adecuadamente estos puntos, el presente informe se ocupará (1) De la expresión “tener a cargo”; (2) De las modalidades comisivas del peculado, especialmente el “consentir”; (3) De los alcances de la formalización contra J.A.D.M. y L.A.M.Q; 4) De la vinculación de éstos con los caudales públicos; (5) Del consentimiento que habrían prestado a la sustracción de caudales; (6) De su responsabilidad como jefes de quien debía controlar las rendiciones de gastos; y (7) De la posibilidad de fiscalizar efectivamente la inversión de fondos en el extranjero.

II. La malversación de caudales públicos propia o peculado

El artículo 233 del Código Penal dispone:

“El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustraiga o consintiere que otro los sustraiga, será castigado...”.

La disposición referida contempla el delito de malversación propia o peculado, designaciones utilizadas para distinguirlo de las demás modalidades de malversación contempladas en el párrafo 5° del Título V del Libro Primero del Código Penal, a saber: la malversación culposa del artículo 234, distracción del artículo 235, aplicación pública diferente del artículo 236 y la negativa a un pago o entrega del artículo 237. Comparten todas estas figuras la idea de “inversión indebida” de caudales o efectos públicos en usos distintos de aquellos a que están destinados. En el peculado la inversión indebida asume la forma de una sustracción dolosa y definitiva de dichos efectos públicos, sin devolución.

La penalidad del ilícito, dependiente de la cuantía de lo sustraído, puede llegar hasta el presidio mayor en su grado medio, lo que le vuelve uno de los delitos de mayor gravedad entre aquellos susceptibles de ser cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Esta pena excede considerablemente aquella impuesta al fraude al fisco, del artículo 239, aun después del aumento impuesto en este último caso por la Ley N° 20.341, lo que deja patente la especial gravedad que se asigna a la conducta al coincidir la afectación al patrimonio fiscal con un incumplimiento grave a los deberes de fidelidad a la función pública encomendada al funcionario.

1. El “tener a cargo”

La malversación corresponde a un delito especial impropio, en cuanto se exige que el autor cuente con una cualidad especial: la de funcionario público, ausente la cual el *extraneus* —supuesta la incomunicabilidad del título— puede ser castigado a título de apropiación indebida o hurto. Pero dicha cualidad especial es doble, ya que no solo debe tratarse el sujeto de un funcionario público, sino que éste ha de presentar una especial relación con los efectos o caudales públicos, consistentes en “*tenerlos a su cargo en depósito, consignación o secuestro*”.

Lo primero que vale la pena apuntar a este respecto dice relación con los títulos contractuales en virtud de los cuales el funcionario accede a tener los caudales a su cargo. El Código refiere explícitamente en la disposición como títulos originales al depósito, la consignación o el secuestro, actos y contratos todos ellos definidos y regulados en sus efectos en el Código Civil, en los artículos 2211, 1599 y 2249. Mas, es doctrina y jurisprudencia consolidada que dichos título ni implican un *numerus clausus* y ni siquiera han de ser entendidos en el concepto técnico que les atribuye el Código Civil, habida consideración que conforme el artículo 20 de este cuerpo legal las palabras de la Ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal. No ocurre tal en este caso en que el Código Penal no proporciona una definición de estos vocablos y se trata ésta de una materia propia del ámbito punitivo.

La incorporación de estos tres títulos se acordó durante la sesión 154 de la Comisión Redactora del Código Penal, luego que el señor Reyes observara “*que en el Art. 234 (223 del proyecto), aceptado ya en esa sesión, se habla solo de caudales o efectos públicos puestos a cargo del empleado, i nada se dice de los fondos de particulares que pueden también quedar en la caja pública que dirige, sea por vía de depósito, consignación, etc.*”¹. Se acepta entonces la idea por parte de la Comisión, agregándose en el mismo inciso la referencia a los fondos de particulares, e incorporando inadvertidamente los títulos de tenencia (de fondos particulares) invocados a modo ejemplar por Reyes, sin distinguir si éstos se aplicarían también eventualmente a los caudales públicos, a cuyo respecto resultan completamente ajenos y que, de recibir valor taxativo, volverían en la práctica inaplicable el tipo.

No obstante, en forma unánime doctrina y jurisprudencia sostienen que la lectura de los títulos de tenencia incorporados a la disposición ha de efectuarse en forma amplia, más allá del significado legal atribuido en la legislación civil,

¹ “Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora”. Edit. Edeval, 1974, p.522.

debiendo entenderse “*en el sentido común y corriente del que recibe dinero o efectos a título de mera tenencia con obligación de responder de ellos*”².

Libres de dicha restricción, la exigencia del tipo se reduce simplemente a que el funcionario público tenga los caudales “*a su cargo*”, concepto normativo del tipo al que corresponde prestar atención. Éste no se encuentra definido en el Código y escasamente se conoce normativa administrativa que le utilice literalmente³.

La idea de tener a cargo sugiere de inmediato no sólo un deber de comportamiento respecto de los caudales, sino que un ámbito de relación con ellos que importa algún grado de control, de alcance, de capacidad de definir su destino, en virtud del cual se haga accesible al funcionario la sustracción sin que sea menester recurrir ni a su sustracción furtiva o clandestina (en cuyo caso se trataría de un hurto) ni a maniobras engañosas o defraudatorias (propias del fraude al fisco). Ese ámbito debe dar además al funcionario un espacio de libertad en el manejo de los caudales que haga difícil o inoperantes los controles que normalmente se imponen para el manejo de los recursos financieros, de modo que su buen uso y destino queda entregado más que en otros casos al correcto desempeño y probidad con que debe actuar el funcionario, depositando en él una confianza que de ser defraudada amerita la alta penalidad que se asigna al delito.

Variadas son las expresiones utilizadas para definir la idea de “*tener a cargo*”. Es así que se habla en algunos casos de tener “*al cuidado*” y “*llevar consigo la custodia*”⁴, o que se trata de una expresión equivalente a “*que administre*” del artículo 236, una relación de hecho que importa “*resguardo, custodia*”⁵, una “*mera tenencia con obligación de responder de ellos*”⁶, una “*especial relación de custodia*”⁷, que los bienes hayan sido confiados “*al cuidado o a la procur*

² Labatut, Derecho Penal II, p. 88, citando sentencia C. Suprema de 14 de agosto de 1931.

³ Vid. Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, artículo 61: “Los funcionarios que tengan a su cargo fondos o bienes de los señalados en el artículo anterior serán responsables de su uso, abuso o empleo ilegal y de toda pérdida o deterioro de los mismos que se produzca, imputables a su culpa o negligencia”; artículo 68: “Todo funcionario que tenga a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o bienes del Estado, de cualquiera naturaleza, deberá rendir caución para asegurar el correcto cumplimiento de sus deberes y obligaciones”; y artículo 85 inc. 2º: “Cuando un funcionario, al ser requerido por la Contraloría, no presente debidamente documentado el estado de la cuenta de los valores que tenga a su cargo, se presumirá que ha cometido sustracción de dichos valores”.

⁴ Etcheberry, Derecho Penal, IV, p. 238

⁵ Bunster, La malversación de caudales públicos, p. 46.

⁶ Labatut, Derecho Penal II, p. 88.

⁷ Rodríguez Collao/Ossandón Widow, Delitos contra la función pública, p. 378.

*del agente*⁸. Un vistazo más exhaustivo empero a las expresiones transcritas revela que aquellas que parecen ser análogas, sinónimas, no lo son, ya que entrañan diferencias de las cuales puede derivarse una interpretación más amplia o bien restrictiva del tipo.

En efecto, *desde una perspectiva restringida* el tipo se satisfaría solo con una ostentación material más o menos directa del objeto a cargo. A esta idea obedecen conceptos como los de *posesión, custodia, tenencia y cuidado* de los objetos del delito, algunos de los cuales tienen aval en sistemas comparados donde tales expresiones son (o fueron) recogidas directamente de la legislación del ramo. Es el caso de la exigencia de posesión que durante mucho tiempo constituyó en forma exclusiva el título en virtud se mantenían los objetos por parte del funcionario en la legislación italiana, y de la custodia, según se requería en el Código alemán hasta la derogación del tipo de malversación. Todas estas vinculaciones del autor con el objeto suponen al menos la tenencia, ya sea directamente de los caudales (como el cajero) o de los instrumentos que permiten su manipulación o sustracción (talonarios de cheques, tarjetas de débito, claves del sistema de transferencias electrónicas de fondos).

También desde una perspectiva *restringida*, el funcionario debe contar con la ostentación o custodia en forma exclusiva de los caudales, de modo que su disposición no debe estar supeditada a la intervención conjunta o sucesiva de más funcionarios, ya sea en régimen de codisponibilidad o subordinada a las órdenes del superior, esto es, el poder jurídico y material sobre la cosa ha de ser de su dominio exclusivo y no compartido ni dependiente conjuntamente de la voluntad o intervención de otros. La intervención necesaria de éstos para consumir la sustracción —descartadas por cierto hipótesis de coautoría— se obtendrá por engaño, falsificaciones o valiéndose de la negligencia o descuido del codisponente o superior.

Por su parte, un *concepto amplio* de la exigencia legal puede expresarse en términos generales a través de la idea de “*disponibilidad*” de los caudales, esto es, la posibilidad de operar jurídicamente a su respecto en términos de producir su transferencia desde el patrimonio de la Administración al de quien se beneficia del delito. Para ello, no se exige que el autor ostente materialmente los caudales, ni que estén bajo su custodia inmediata, basta con que cuente con la posibilidad formalmente atribuida en sus funciones de transferir caudales desde la Administración, abarcando claramente desde funciones de ostentación material y administración, hasta casos de intervención o fiscalización del funcionario sobre los caudales⁹. La amplitud del concepto no se ve constreñida por la codisponibilidad del objeto material, ya se trate de actuación en régimen de igualdad con los codisponentes o de sometimiento a vigilancia

⁸ Guzmán D., Estudios y defensas penales, p. 222.

⁹ Mir Puig, Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal, p. 296.

de los superiores. En todos los casos se colma el tipo. La expansión de que puede acusarse a esta concepción se ve limitada por la exigencia de que la capacidad dispositiva debe provenir del ejercicio de las funciones del sujeto activo, limitación que de todos modos se reconoce también desde una perspectiva *restrictiva*.

Revisada ahora la doctrina y jurisprudencia nacionales, no se hallan pronunciamientos concluyentes a este respecto.

Quizás quien más se aventure en el tema es Guzmán Dalbora, para quien la locución exige que los bienes hayan sido confiados al cuidado o a la procura del sujeto agente, lo que supone que éste tenga un *poder sobre ellos*, poder que no coincide con la posesión, aunque tampoco se restringe a su detentación material, directa y tangible¹⁰. Pendiente queda no obstante de precisarse por este autor el alcance que debe tener dicho poder. Puede entenderse del texto revisado que a su juicio el “*tener a cargo*” es algo más que la *mera detentación material tangible*, especialmente cuando cita a Suárez Montes, quien sentencia que “*la función de custodia y conservación puede cumplirse de muy diversos modos*”, y expresamente algo menos que la *posesión*, considerando el amplio margen de atribuciones que dicha posición asigna a su titular, las que resultan ajenas a la relación de mera tenencia que ostentan los servidores públicos respecto de lo que es en realidad posesión ajena, fiscal o privada.

Nos inclinamos a sostener que el concepto que ha de utilizarse en nuestro sistema penal es el *restringido*. Avalan esta toma de postura diversas razones históricas, de texto, doctrinales y la invariable posición sostenida por la jurisprudencia.

La redacción del artículo 233 del Código Penal ha permanecido inalterada desde la original, variando solo a través del tiempo la cuantía y forma de expresión del *quantum* de la pena y su multa. Salvo ligeras variaciones, el texto es el mismo de la disposición análoga, el artículo 318 del modelo español de 1848-1850. Pero mientras la disposición española sufrió numerosas variaciones a través del tiempo, algunas incluso al tiempo en que la Comisión Redactora comenzaba a sesionar¹¹, nuestra disposición conserva las mismas exigencias originales.

El tema adquiere relevancia a efectos de este informe pues la extensión del alcance de la tenencia a cargo hacia una concepción amplia que puede reconocerse en España¹² —si bien precedida de la acepción lata de la jurisprudencia—, vino en definitiva de la mano del texto revisado del 1963 que introdujo una variante en el artículo 394 del Código Penal entonces vigente. En ella se incorporó que el funcionario tenga los caudales “*a su disposición*”, expresión

¹⁰ Guzmán D., Estudios y Defensas Penales, p. 222.

¹¹ En 1870 se introdujo la expresión “por razón de sus funciones”.

¹² Vid. STS 05/06/1998, ponente Carlos Granados.

equivoca que sería abandonada en futuras modificaciones, pero que se entendió en su tiempo en el sentido de *disposición o disponibilidad jurídica*, no identificada con “*custodia*” o “*poder*” (términos más restrictivos) o con “*posesión*” (en el sentido de ostentación material)¹³. Nuestro articulado en cambio conserva su redacción y espíritu originales, sin dar el paso hacia su extensión a un concepto amplio de disponibilidad jurídica.

En cuanto al propio texto legal, si bien como se advirtió se resta valor taxativo a los títulos de tenencia que enumera el artículo 233, puede observarse que al menos dos de ellos — el depósito propiamente dicho y el secuestro— son contratos reales, esto es, se perfeccionan por la entrega de la cosa (artículos 2212 y 2214 del Código Civil), en tanto que el tercer título, la consignación, corresponde a una forma de efectuar el pago mediante el “*depósito de la cosa que se debe ... en manos de una tercera persona*” (artículo 1599 del Código Civil). Luego, la totalidad de los títulos referidos en el artículo 233, pensados en propiedad para los caudales privados, importan la tenencia y entrega material de la cosa y no su mera disponibilidad como ocurre en aquellos contratos donde la tenencia es obtenida solo una vez efectuada la tradición de la cosa. Refuerza la materialidad del vínculo que el deudor mantiene con los objetos del contrato de depósito por ej., su obligación de respetar los sellos y cerraduras del bulto que los contienen (artículo 2223 C.C.).

También en la línea de la redacción de los textos legales, resulta insoslayable hacer referencia a una de las frases utilizadas por el legislador para describir el delito de “*aplicación pública diferente*” del artículo 236 del Código Penal. Allí se sanciona al empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos “*que administra*” una aplicación pública diferente. Discrepando en este punto de Bunster quien halla esta expresión “prácticamente equivalente”¹⁴ a la del artículo 233, lo cierto es que la idea de administrar importa mucho más que la mera tenencia, simple custodia o depósito de los fondos públicos¹⁵, ya que supone estar investido de ciertas facultades más o menos discrecionales, aunque regladas, de inversión y de determinación del destino de los fondos. Para ello resulta irrelevante la tenencia o custodia, pudiendo cometerse el delito a través de operaciones puramente presupuestarias y contables a ser ejecutadas por funcionarios distintos, aquellos que tienen efectivamente a su cargo los caudales comprometidos.

Si el legislador hubiese querido utilizar en términos amplios la expresión “*tener a su cargo*” en el artículo 233, incluido el alcance de disponer y administrar los caudales, habría recurrido a la misma expresión del artículo 236: “*que administra*”, cuya comprensión, si se hubiese querido amplia, habría alcanzado mucho

¹³ Mir Puig, Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal, p. 296.

¹⁴ Bunster, La malversación de caudales públicos, p. 52.

¹⁵ Etcheberry, Derecho Penal, IV, p. 244.

mayor sentido que en el contexto de dar sólo una aplicación pública distinta a los caudales.

Puede observarse también en la Ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República (Ley N° 10.366) la utilización alternativa de las expresiones en comento denotando una vez más que no se trata de una idea única. El artículo 60 habla de “*tenencia, uso, custodia o administración de fondos o bienes*”, el artículo 62 de “*bienes que administre o custodie*”, los artículos 68 y 72 de “*recaudación, administración o custodia de fondos o bienes del Estado*”, y el artículo 85 de “*reciba, custodie, administre o pague fondos*”, donde la conjunción disyuntiva utilizada “o” importa distintas formas de vinculación del funcionario con los fondos o bienes.

En cuanto a la doctrina nacional, ajena como dijimos a profundizar en el tema, es posible apreciar si una tendencia general a dar una interpretación *restringida* al tipo. Ello resulta especialmente evidente en el consenso existente en limitar la sanción a casos en que la tenencia de caudales o efectos se lleve por el funcionario “*por razón de sus funciones*”, pese a que el Código no consigna tal expresión en su articulado. Se deriva tal limitación del vínculo que el funcionario mantiene con el Estado, que deposita en aquél una confianza, una fe pública a través del cometido de ciertas funciones, generando un ámbito más allá del cual no puede esperarse una correspondencia superior a la que puede esperarse de cualquier ciudadano. Es por ello que el delito de malversación no se configura cuando la custodia de caudales recae en el funcionario accidentalmente o sólo con ocasión de sus funciones, sin perjuicio del castigo que proceda por el correspondiente delito contra la propiedad¹⁶, ni tampoco son suficientes un encargo temporal o accidental, o simplemente de hecho¹⁷, exigencias con las que se coincide.

Las restricciones en la doctrina llegan incluso a postular que los caudales o efectos deben estar al cuidado del funcionario en virtud de disposiciones de Derecho Público, especialmente del Derecho Administrativo, dentro de las cuales debemos buscar aquellas que consagren el cargo que ostenta el funcionario y lo doten de la custodia de los fondos malversados¹⁸.

Excepcionalmente Bunster amplía las situaciones que supondrían la tenencia cargo del funcionario, ya que al mismo momento de señalar que la vinculación entre el funcionario y los caudales es esencialmente una “*relación de hecho, que importa resguardo, custodia*”, agrega que en la expresión “*a su cargo*” deben entenderse *todas* las funciones de un tenedor de fondos, incluyendo

¹⁶ Bunster, La malversación de caudales públicos, p. 52; Labatut, DP II, p. 79; Guzmán D., Estudios y defensas penales, p. 223.

¹⁷ Etcheberry, Derecho Penal, IV, p. 238.

¹⁸ Etcheberry, Derecho Penal, IV, p. 238.

aquellas que importan ostentación material como “*percibir, recaudar, cobrar, custodiar y conservar*”, pero también algunas que dan cuenta de disponibilidad: “*administrar e invertir bienes*”. Como sea, el sentido de esta aparentemente amplia conclusión ha de encontrarse en el énfasis que el autor desea hacer en el mismo párrafo en cuanto a que ha de prescindirse de dar mayor valor en el artículo 233 a los términos “*depósito*”, “*consignación*” o “*secuestro*”, que se prestarían solo a confusiones a la hora de fijar el alcance de la expresión en comento, por las razones históricas más arriba expuestas.

Finalmente, resulta notoria la aplicación jurisprudencial con carácter restrictivo del tipo. Esta tendencia se expresa aisladamente en conceptos que describen la idea de *tener a cargo*¹⁹, revelando en cambio todo su sentido a la hora de determinar los cargos y/o funciones de que han de estar revestidos quienes habrán de ser sujetos activos del ilícito.

Apréciense los siguientes casos:

1. “*Ayudante de caja. Cuando el cajero faltaba, lo reemplazaba en la caja*” (C. Suprema 1967)²⁰.
2. “*Sustrajo fondos que se encontraban accidentalmente bajo su custodia*” (Corte de Santiago, 1970)²¹.
3. “*Cajero de un Juzgado de Policía Local puede ser sujeto activo de este delito*” (C. Suprema 04/06/1986)²².
4. “*Funcionario del Banco del Estado de Chile que se desempeñaba como cajero*” (C. Suprema 29-01-1997)²³.
5. “*Cajera en la Dirección de Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado*” (C. Suprema 17-01-2000)²⁴.
6. “*Funcionario público, con poder para firmar cheques fiscales y con facultad de subrogar a la jefa de la Unidad de Finanzas del Servicio Agrícola y Ganadero, procedió a substraer caudales o efectos públicos que tenía a su cargo. Para ello solicitaba al tiempo que debía hacer la conciliación banca-*

¹⁹ “Función específica de custodiar” en G.J. N° 99, p. 63; “sentido común y corriente del que recibe dinero o efectos a título de mera tenencia con obligación de responder de ellos” en G. 1931, 2° Sem, N° 70, p. 372; “Que el artículo 233 del Código Penal fue tomado del artículo 318 del Código Español de 1850 que tenía la misma redacción, y que únicamente exigía que el empleado público tuviera a su cargo caudales públicos o de particulares por un título de mera tenencia”, en R. T. 64, 2ª. P., secc. 4ª., p. 129.

²⁰ Etcheberry, Derecho Penal ante la jurisprudencia, IV, p. 518.

²¹ Etcheberry, Derecho Penal ante la jurisprudencia, IV, p. 519.

²² Repertorio de legislación y jurisprudencia Código Penal, p. 121.

²³ N° Legal Publishing 14166.

²⁴ N° Legal Publishing 16522.

ria los talonarios de cheques, quedando en su poder bajo su resguardo y custodia". (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, RIT N° 32-2006).

7. Se castiga a quien se desempeñaba: *"ejerciendo funciones de contabilidad, dentro de las cuales confeccionaba los cheques de las cuentas corrientes municipales y era una de las personas habilitadas para firmar los cheques emitidos por la institución"* (Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N° 120-2008).
8. Funcionario que *"tenía a su cargo durante el año 2006 caudales y efectos públicos conforme las siguientes responsabilidades y funciones encomendadas y/o ejercidas de hecho en la Secretaría Regional Metropolitana del Ministerio de Educación (en adelante SEREMI): elaboración de la conciliación bancaria de las cuentas de Subvenciones de dicha Repartición, era una de las dos firmas giradoras conjuntas de cheques contra dichas cuentas, participaba en la emisión de cheques, pudiendo otorgar instrucciones para su emisión a otros funcionarios, y tenía acceso a los cheques en blanco, facsímiles de firma, timbres y claves de acceso amplio al Sistema de Información para la Gestión Financiera del Estado (SIGFE), donde se devengan y contabilizan los pagos de la Seremi"* (Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N° 27-2009)

En todos los supuestos de hecho enumerados se destaca la vinculación material del autor con los caudales, ya sea de la forma más directa posible (los cajeros), o al menos con acceso directo a los instrumentos que permiten su sustracción (talonarios de cheques).

2. Las modalidades comisivas: el "consentir"

El artículo 238 contempla dos modalidades comisivas: sustraer o consentir que otro sustraiga.

Respecto del sustraer, no es difícil hallar juicios respecto de la inconveniencia de dicha expresión, que en su estricto sentido literal no da cuenta de acción específica alguna a realizar por el actor desde que no pueden ser sustraídos de esfera de resguardo alguna los bienes que ya se encuentran en su poder, del mismo modo que en la apropiación indebida.

Ello ha llevado a cierta doctrina a describir el verbo rector como una verdadero tipo de omisión, especialmente a la luz del artículo 235 del Código Penal, describiéndolo como un "no reintegrar aquello que se tomó". No obstante, lo mismo que con el ejercicio mental de reemplazo del funcionario a cargo de la custodia²⁵, por esas vías se soslaya la necesidad de incorporar una exigencia

²⁵ Rodríguez/Ossandón, Delitos contra la función pública, p. 374; Etcheberry, Derecho Penal, IV, p. 239.

no prevista en el tipo nacional y que por cierto le dotaría de mayor sentido. Se trata del ánimo de apropiación, que sí resulta una acción de contornos propios consistente en la incorporación de los caudales a un ámbito de custodia diferente de aquella que maneja el autor como funcionario, algo adicional y distinto del mero hacerse de bienes que ya están en poder del sujeto activo. El ánimo de apropiación no solo dota de contenido autónomo al verbo rector, sino que además opera como un importante recorte del ámbito del injusto²⁶.

Menos controversia plantea la segunda modalidad comisiva: el consentir en la sustracción por parte de un tercero. La tipificación autónoma de esta conducta permite restarla del régimen general de participación, en que se vería privilegiada al acceder al delito común cometido por el tercero (a menos que se fuerce el principio de legalidad en una interpretación extensa de las reglas de participación). En efecto, sin esta previsión legal, se trataría de un delito común cometido por el *extraneus* (normalmente hurto), al que el funcionario contribuiría con su *consentir* como cooperador necesario, sin afectarle la calificación del tipo por su condición de funcionario que tiene a cargo efectos o caudales públicos.

La equiparación se justifica entonces por la identidad de afectación del deber de custodia por parte del funcionario y el similar detrimento sufrido por el erario y los fines públicos²⁷.

Aunque se le caracteriza en ciertos casos de una modalidad de comisión por omisión, consistente en que el funcionario a cargo de los caudales *no impide* o *no evita* su sustracción por parte de un tercero, lo cierto es que puede tratarse de una conducta tanto pasiva como activa, para incluir por esta última vía aquellos casos donde el consentimiento del funcionario para la sustracción—apropiación debe estar revestida de alguna formalidad o exterioridad para surtir efectos (vgr. una visación).

De cualquier modo, cualquiera sea el alcance que se dé al sustraer, debe tratarse de una conducta cometida con dolo.

El funcionario a cargo de caudales que consiente en que otro sustraiga debe hacerlo con conocimiento del efecto que produce su acción u omisión, en cuanto éstas permitirán que un tercero se apropie de aquello que no le corresponde. No basta al efecto que el funcionario actúe con negligencia, imprudencia o falta de cuidado, sino que el hacer o el no evitar, no impedir, no detener el curso que desembocará en la sustracción, han de estar dirigidos conscientemente a permitir que el autor principal sustraiga los caudales. Esta negligencia puede presentarse tanto en la forma de una mera desidia del funcionario indolente con su desempeño, como en quien confía erradamente en que los demás intervi-

²⁶ Mir Puig, Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal, p. 304.

²⁷ Mir Puig, Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal, p. 303.

nientes del proceso administrativo de disposición han efectuado los controles adecuados para impedir el daño al erario público.

Tal descuido o confianza errónea no bastan para colmar el tipo doloso del artículo 233 y sólo darían cuenta de la figura culposa del artículo 234 si alcanzasen la exigente entidad de constituir un “*abandono o negligencia inexcusable*”.

Finalmente, ha de mencionarse que el consentir no exige el acuerdo o concierto con el tercero que sustrae²⁸.

III. Alcance de la formalización contra J.A.D.M. y L.A.M.Q.

J.A.D.M. y L.A.M.Q. han sido formalizados por el delito de malversación de caudales públicos o peculado, en la modalidad de consentir la sustracción de caudales por otros. Los hechos, según el tenor del documento que se ha tenido a la vista, son los siguientes:

1. Por Resolución Afecta N° 18, de 14 de abril de 2003, el Gobierno Regional del Maule encomendó a la entidad privada Corporación de Desarrollo e Inversiones del Maule (en adelante “CD Maule”) la ejecución del programa financiado con recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional denominado “Aplicación de fomento para la gestión de exportaciones e inversiones en la Séptima Región”, consistente en la apertura y operación de oficinas de representación comercial en las ciudades de Beijing y Barcelona.
2. Se estipuló en el Convenio que la entidad ejecutora, CD Maule, actuará bajo la supervisión y control de la estructura administrativa del Gobierno Regional del Maule, particularmente de la División de Análisis y del Departamento de Estudios y Control de Gestión, obligándose a rendir cuenta de los fondos que se le transfirieren en virtud del convenio, los que no podrían formar parte de su presupuesto, debiendo mantenerse en una cuenta corriente especialmente creada al efecto.
3. El proyecto consideraba para su ejecución un plazo de 22 meses y un financiamiento total de \$166.200.000, suma que debía transferirse a CD Maule en forma parcializada en los siguientes términos:
 - a) \$20.000.000 después de tramitada totalmente la resolución que aprobó el convenio.
 - b) \$77.290.000 (en los que se incluyen los M\$20.000 ya señalados), correspondientes al financiamiento previsto para el año 2003, primero del programa, a transferirse de la siguiente forma:

²⁸ Rodríguez/Ossandón, Delitos contra la función pública, p. 375; Etcheberry, Derecho Penal, IV, p. 239.

- i. El 85%, esto es, \$65.696.500 una vez ingresada totalmente tramitada a Oficina de Partes la Resolución que aprueba el proyecto;
 - ii. El saldo del 15%, esto es, \$11.593.500, se entregarían una vez terminado el primer año que considera el proyecto, recibido conforme y sin observaciones el cuarto informe de la etapa.
- c) \$88.910.000 en una etapa posterior correspondiente al segundo año del programa.
- 4. La entidad ejecutora, a través de su presidente A.S.M. y su gerente S.P.B., recibió por estos conceptos la suma de \$156.264.700, teniendo sólo ellos facultades de disposición, de la siguiente forma:
 - a) Para el primer año la suma de \$65.696.500 mediante ingresos (sic) 186 y 282, del año 2003.
 - b) Para el año segundo las sumas de \$24.717.000 y \$65.851.200 mediante egresos 632 y 863.
- 5. No se ha establecido que los dineros recibidos hayan sido destinados a los fines del programa. Éstos no han sido rendidos ni se ha hecho devolución de ellos, existiendo un proyecto de rendición parcial, presentado fuera de plazo, al que se han formulado serias observaciones, las que no han sido subsanadas. Se cuentan entre tales observaciones el arriendo de un inmueble en la ciudad de Barcelona a un costo elevado y lejos del área empresarial, sin justificación, en el que no se instaló una oficina comercial, además de no existir diligencias efectuadas en la ciudad de Beijing.
- 6. Los funcionarios públicos que tenían la función de velar por los intereses fiscales entregados consintieron en la entrega de dineros teniendo perfecto conocimiento de la ausencia de una rendición de fondos ajustada a derecho de los fondos del primer año de ejecución, realizando actos que permitieron seguir transfiriendo fondos por el segundo año a la entidad ejecutora, sin llevar a cabo las funciones básicas de control y fiscalización.
- 7. Concretamente H.V.A. administrador del proyecto, aprobó sin observaciones las órdenes de pago 741 y 1005 del año 2004, por las sumas de \$24.717.000 y \$65.851.200, respectivamente, correspondientes al primer y segundo año de ejecución, sin dar cumplimiento a la normativa existente para cautelar los intereses fiscales, como era su obligación.
- 8. J.D.M. jefe del Departamento de Finanzas del Gobierno Regional del Maule²⁹, autorizó la entrega de fondos a CD Maule mediante los egresos 632 y

²⁹ Todo parece indicar que la identificación del cargo de J.A.D.M. en la formalización es errada, ya que de los antecedentes examinados, especialmente la Resolución (E) N° 117, de enero de 2003, del Gobierno Regional, don J.A.D.M. jefe de División, Directivo, Grado 4°, fue destinado a cumplir sus funciones en la División de Análisis y Control de Gestión, lo que se confirma en la formulación

863, ya indicados más arriba en el punto 4.b), teniendo conocimiento de que no existía rendición de fondos aprobada por las primeras remesas, las que incluso habían sido objetadas por ciertos Consejeros, sin controlar que el jefe³⁰ del Departamento de Estudios y Control de Gestión L.A.M.Q. y el administrador del proyecto H.V. hayan fiscalizado efectivamente la inversión e los fondos entregados, obligaciones que eran inherentes a su cargo.

9. L.A.M.Q. jefe del Departamento de Estudio y Control de Gestión, visó las órdenes de pago señaladas en el punto 7 precedente, teniendo perfecto conocimiento de remesas anteriores y por montos superiores a CD Maule y de observaciones respecto de una eventual (*sic*) rendición de fondos en cuanto a la credibilidad de las actividades de que daban cuenta sus documentos, incumpliendo además las estipulaciones del convenio conforme las cuales no podían efectuarse giros de dinero si las remesas (anteriores se entiende) tenían observaciones.

Estos hechos se estiman constitutivos del delito de malversación de caudales públicos, del artículo 233 del Código Penal, respecto de H.V.A., J.A.D.M. y L.A.M.Q. y de apropiación indebida como coautor respecto de S.P.B.

IV. Vinculación de los imputados con los caudales públicos comprometidos en el convenio

A lo primero que ha de prestarse atención es a determinar si los imputados J.A.D.M. y L.A.M.Q. tenían a su cargo los caudales o efectos públicos que habrían sido sustraídos por terceros. Conforme los antecedentes revisados, ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

1. El artículo 68 de la Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, dispone que el Intendente Regional para el cumplimiento de sus funciones contará con la siguiente estructura administrativa:
 - a) Una división de administración y finanzas, encargada de la gestión administrativa y financiera, de la formulación y ejecución del presupuesto y de la provisión de los servicios generales del gobierno regional, y

de cargos efectuada por la Contraloría General de la República el 17 de diciembre de 2008. Conforme la misma formalización, el cargo de jefe de Departamento de Finanzas era ejercido por H.R.S. quien también habría de ser formalizado en dicha calidad.

³⁰ El cargo atribuido a L.A.M.Q. debe ser cuidadosamente examinado ya que si bien se le atribuye en diversas actuaciones la calidad de jefe del Departamento, la Resolución que le designa (N° 801, de 25/09/2000) dispone que cumpla funciones de "coordinador general" de las actividades, trabajos y áreas del Departamento. De todos modos, lo que en realidad importará son las funciones que efectivamente realizaba o asumió en su Unidad.

- b) Una división de análisis y control de gestión, que colaborará en la elaboración del proyecto de presupuesto en lo relativo a la inversión del gobierno regional y en su seguimiento y control.
2. La Resolución (E) N° 665, de 9 de agosto de 2000, determinó las funciones legales de los Departamentos del Gobierno Regional del Maule, correspondiendo a aquel de Estudios y Control de Gestión actuar bajo las instrucciones de la División de Análisis y Control de Gestión para colaborar en la elaboración del proyecto del presupuesto regional, en el seguimiento y control de la inversión y en la preparación de los antecedentes para proponer la distribución de los recursos del F.N.D.R.
 3. A través de Resolución (E) N° 117, de 31 de enero de 2003, el Intendente Regional dispuso que don J.A.D.M., jefe de División, Directivo Grado 4° E.U.R. de la planta del servicio administrativo, cumpla sus funciones a contar del 3 de febrero de 2003 en la División de Análisis y Control de Gestión de la institución.
 4. A través de Resolución (E) N° 801, de 25 de septiembre de 2000, el Intendente Regional dispuso que don L.A.M.Q., profesional, grado 5° E.U.R., cumpla exclusivamente la función de coordinador general de todas las actividades, trabajos y tareas propias del Departamento de Estudios y Control de Gestión, dependiente de la División de Análisis y Control de Gestión. A su vez dependería administrativamente de la jefatura de dicha División.
 5. A través de Resolución (E) N° 1153, de 29 de diciembre de 2000, se aprobó el documento de determinación de funciones de los administradores de proyectos, que son los encargados de gestionar y controlar los proyectos aprobados por el Consejo Regional. Dependen directamente del Departamento de Estudios y Control de Gestión, y éste a su vez de la jefatura de la División de Análisis y Control. Los administradores tienen como funciones, entre otras:
 - a) Revisar las cuentas de los montos acordados con las unidades técnicas que ejecutan los proyectos.
 - b) Supervigilar y fiscalizar los proyectos, para lo cual deben contar con el visto bueno del Departamento de Estudios.
 - c) Revisar los documentos que conforman los estados de pago y verificar que se ajusten al contrato, bases y normativa vigente.
 6. En el Convenio suscrito entre el Gobierno Regional y la Corporación de Desarrollo e Inversiones del Maule, de 11 de abril de 2003, aprobado por Resolución Afecta N° 18, de 14 de abril de 2003, se dispone en su cláusula primera que la unidad ejecutora (CD Maule) *“actuará bajo la supervisión y control de la estructura administrativa del Gobierno Regional del Maule y,*

particularmente, de su División de Análisis y Control de Gestión, Departamento de Estudios y Control de Gestión”.

7. En el mismo Convenio se prevé un itinerario de transferencias, conforme el cual para cada uno de los años de duración del programa se haría una entrega inicial del 85% de los recursos una vez tramitada la resolución de aprobación del Convenio, y el saldo del 15% una vez recibido sin observaciones el último de cuatro informes trimestrales que la unidad ejecutora debe evacuar en cada año o etapa. La disponibilidad de los recursos para etapas posteriores a la primera se supeditó a su oportuna priorización por la instancia regional correspondiente e identificación presupuestaria.

De lo expuesto aparece que la vinculación de los funcionarios imputados con los fondos dispuestos para el proyecto de fomento para la gestión de exportaciones de la Región del Maule, tiene su origen en sus respectivas calidades de jefes de la División de Análisis y jefe (coordinador) del Departamento de Estudios del Gobierno Regional, respectivamente, y concretamente en razón de la jerarquía que ostentaban escalonadamente sobre el administrador del proyecto H.V.A. funcionario adjunto al Departamento recién nombrado. En sus respectivas calidades, estaban a cargo de la supervisión y control de la entidad ejecutora, CD Maule, en el desarrollo del proyecto.

En lo relativo a los fondos dispuestos para el financiamiento del proyecto, su intervención se tradujo materialmente en la visación de sendos egresos (J.A.D.M.) y órdenes de pago (L.A.M.Q.), por las sumas de \$24.717.000 y \$65.851.200, correspondientes al saldo del 15% para el primer año de ejecución del programa y la casi totalidad de los fondos del segundo año de ejecución.

Se observa de lo señalado que los funcionarios imputados tenían asignadas sólo funciones de control, supervisión y fiscalización de los caudales comprometidos en el proyecto, careciendo en cambio por completo de su posesión, custodia, tenencia o cuidado, ya que no estaban a su alcance ni los caudales propiamente dichos, ni los medios para obtener su transferencia a terceros. No se trataba de funcionarios que interviniesen en el flujo material del dinero, ni participaban del proceso de emisión de los medios de pago que podían permitir su salida de la institución; su intervención estaba radicada en el proceso de supervisión y control jerárquico del proceso administrativo que habilitaba al traspaso de fondos a terceros, el que era ejecutado por otras reparticiones de la institución, probablemente su División de Administración y Finanzas.

Se aprecia también en la especie su intervención en régimen de codisponibilidad a través de controles jerárquicos y/u horizontales, en términos que la decisión de ninguno de ellos era suficiente por sí sola para transferir los caudales a terceros. Es así que, ante todo, se contemplaba la intervención del administrador del proyecto, y luego del jefe del Departamento de Estudios, del jefe de la División de Análisis y finalmente de la División de Administración y Finanzas.

Cabe agregar que, incluso, tratándose de los fondos a ser transferidos en las etapas posteriores del proyecto, especialmente el primer pago del 85%, se exigía adicionalmente una decisión discrecional previa de la administración regional competente — Consejo Regional — en cuanto a priorizar el programa, y la identificación de los fondos dentro del presupuesto asignado en la Ley de Presupuestos³¹.

Adicionalmente y en cuanto la intervención de los funcionarios imputados surtía efectos solo en el contexto de los taxativos términos del convenio suscrito entre el Gobierno Regional y CD Maule, especialmente en cuanto a sus plazos y montos, puede concluirse que tampoco contaban éstos con facultades de administración ni inversión de los caudales allí comprometidos, habida consideración de que su visación solo podía liberar los montos para las personas y con el objeto contemplado en el convenio, reduciendo por completo cualquier margen de discrecionalidad en el destino de los dineros.

Todas estas consideraciones vuelven difícil identificar en los imputados a funcionarios públicos que por sus labores encomendadas hubiesen *tenido a su cargo* efectos o caudales públicos en general, ni tampoco en forma específica aquellos especialmente comprometidos en el convenio celebrado con CD Maule. Ello, desde una perspectiva restringida de comprensión de la exigencia típica de “*tener a cargo*” como tenencia, custodia, posesión o cuidado. Y aun, si alguna intervención tenían en la disposición de los respectivos caudales vía visación escalonada del proceso administrativo de pago, no lo era en forma autónoma ni exclusiva, por lo que una incriminación vía peculado del artículo 233 del Código Penal exigiría demostrar concierto entre todos aquellos que intervinieron en el proceso de pago, acuerdo que no viene siquiera sugerido en la formalización formulada por el Ministerio Público ni se advierte en los antecedentes examinados.

³¹ Con todo, ha de revisarse con sumo cuidado la vinculación que efectúa la formalización entre las rendiciones de cuenta por parte de CD Maule y el control administrativo que debía ejercerse para las futuras liberaciones de fondos. Desde ya cabe apuntar que la primera transferencia por \$65.696.500 en el año 2003 dependía de la mera tramitación del convenio y no de una rendición. El saldo del 15% del año 2003 por \$11.593.500 sí estaba supeditado a la aceptación formal y sin observaciones del último informe de ese mismo año. Pero el 85% de las etapas posteriores en apariencia no está ligado a las rendiciones previas, sino solo a la priorización del programa e identificación presupuestaria de los fondos (cláusula 2ª. incisos tercero y cuarto del convenio). Este 85% se enteró con parte de los egresos 632 (restando el 15% del año 2003) y 836 (sin alcanzar el 15% de la segunda etapa) del año 2004. El 15% de la segunda etapa sí esta supeditado al último informe del periodo.

V. Alcances sobre el consentimiento que habrían prestado los imputados en la sustracción de los caudales

La formalización planteada por el Ministerio Público imputa a los funcionarios J.A.D.M.y L.A.M.Q. la comisión del delito de malversación en la modalidad de *haber consentido* la sustracción de los haberes públicos por parte de terceros. La sustracción propiamente tal se atribuye a los particulares que actuaron en el convenio por CD Maule, demostración de lo cual es que se formaliza a S.P.B. gerente de la Corporación, en calidad de coautor del delito de apropiación indebida.

Es posible apreciar acá una conducta que en términos externos y en apariencia satisface el verbo rector de “*consentir*”, consistente en la visación de las órdenes de pago y egresos emitidos en el proceso administrativo de pago.

Pero junto a ello, habrá de demostrarse que dicho consentimiento se prestó:

- Con conocimiento cabal de que por esta vía las personas naturales que actuaban por CD Maule se apropiaban de caudales que nos les correspondían.
- Para tales efectos la creencia (aun errada) de parte de los funcionarios de que sus antecesores han dado curso y/o visado las órdenes o egresos verificando a cabalidad su procedencia y legalidad, no es suficiente para dar cuenta de tal conocimiento.
- Con el propósito de permitir a tales terceros la sustracción de dichos caudales indebidamente apropiados. El mero descuido, la desidia e incluso la negligencia inexcusable en el desempeño de las funciones no dan lugar al delito de peculado.

Ausentes tales exigencias, no se daría la hipótesis típica de consentir en la sustracción por parte de otro.

VI. Sobre la responsabilidad que tenían los imputados como jefes de quien debía controlar efectivamente la rendición

La Administración del Estado se encuentra dotada de una especial forma de organización para la consecución de sus fines, una de cuyas características fundamentales es la asignación de atribuciones y deberes en distintos niveles jerárquicos. Por esta vía se propende a la coordinación y unidad de acción, a la eficiente utilización de los recursos disponibles y al seguimiento de las directrices promovidas por la autoridad política en la atención de las necesidades públicas.

Esta estructura jerárquica genera deberes y obligaciones recíprocos entre los distintos niveles organizacionales, los que se expresan en la normativa administrativa conforme la cual los funcionarios de la Administración del Estado estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado, debiendo cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio y obedecer las órdenes que les imparta el superior jerárquico, sin perjuicio del deber de representar las órdenes que se estimen ilegales (artículos 7° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, y artículos 62 f) y 63 del Estatuto Administrativo, Ley N° 18.834).

De parte del superior rigen por su parte deberes de control sobre quienes de él dependen jerárquicamente. Este deber se recoge en el artículo 10 de la Ley de Bases Generales de la Administración, que prevé: “*Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico, permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia. Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones*” y el artículo 64 del Estatuto Administrativo que obliga en su letra a) a las autoridades y jefaturas a:

“Ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los órganos y de la actuación del personal de su dependencia, extendiéndose dicho control tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”.

De modo que lo primero que ha de concluirse atendiendo el mandato legal es que los funcionarios imputados debían mantener dentro de sus ámbitos de autoridad control sobre las actuaciones de sus subordinados. En este caso aparece que J.A.D.M. en su calidad de jefe de la División de Análisis, mantenía jerarquía sobre el Departamento de Estudios, incluido su jefe (coordinador) L.A.M.Q. y a través de éste, control sobre el administrador del proyecto, H.V.A. A su vez, L.A.M.Q. en la calidad señalada debía mantener control sobre el desempeño del administrador H.V.A. En todos los casos el control debía abarcar tanto la eficiencia y eficacia de la labor, como la legalidad y oportunidad de sus actuaciones específicas.

El incumplimiento de los deberes de control puede dar lugar a responsabilidad administrativa de las jefaturas, en tanto pura transgresión de los mandatos legales transcritos, independiente incluso del resultado obtenido, responsabilidad que puede expresarse tanto en las evaluaciones del funcionario, como en la eventual imposición de medidas de castigo (administrativas). Puede generar asimismo responsabilidad civil si del incumplimiento del deber de controlar se deriva daño o perjuicio para terceros, incluida la propia Administración, si mediere dolo o culpa del funcionario incumplidor. Y, finalmente, puede derivarse responsabilidad penal, pero en este caso no será suficiente con dar cuenta del

modo en que se ejerció el control, sino que dicha conducta debe quedar inserta dentro de la redacción estricta de algún tipo en la legislación punitiva y ha de ser subjetiva (normalmente con dolo en estos casos, excepcionalmente con culpa) y objetivamente (creando para el bien jurídico un riesgo jurídicamente desaprobado) imputable al autor.

En el presente caso, sólo podría sostenerse la responsabilidad penal por malversación de los imputados en razón del control que debían ejercer sobre el desempeño del administrador del proyecto, en la medida que hayan tenido a su cargo caudales o efectos públicos en razón de sus funciones y si sustrajeron tales bienes o consintieron dolosamente que otro los sustrajera.

En concreto, la imputación dolosa supone de parte de los autores su *conocimiento* de que a través de su actuación, visando órdenes de pago o egresos de caja, daban lugar a que un tercero sustrajera caudales a los que no tenían derecho. Este conocimiento ha de ser demostrado en la medida que la modalidad comisiva que se imputa a los funcionarios es la de “*consentir*”, no bastando la no impedición, la tolerancia o la aquiescencia tácita; se precisa de una voluntad activa y exteriorizada³².

El tema adquiere indudable relevancia en el presente caso si se tiene presente que la Resolución (E) N° 1153, de 29 de diciembre de 2000, que aprobó el documento de determinación de funciones de los Administradores de Proyectos, impuso a éstos deberes específicos de comunicación tanto de las observaciones que les merecieran las visitas desarrolladas en cumplimiento del deber de supervisar y fiscalizar los proyectos (B.11) como de las circunstancias que constituyesen un “*impasse*” para la continuidad de un proyecto (D.2). Estas observaciones debían hacerse formalmente: por escrito y/o conducidas por libro y a través del jefe del Departamento de Estudios (D.1), sin perjuicio de la obligación de ingresar al Sistema Administrativo Computacional del Gobierno Regional la información concerniente a los proyectos de su manejo (D.5).

VII. La posibilidad de fiscalizar efectivamente la inversión de fondos que se hacía en el extranjero

La fiscalización implica un proceso de inspección, control y vigilancia de las acciones de otro, llevado adelante a través de la investigación de los actos que comportan el actuar bajo examen. Como tal, la “fiscalización” es un proceso complejo ya que puede importar la diligencia y acopio de las innumerables fuentes de información que pueden contribuir a formarse convicción sobre el juicio que arroje en definitiva el examen practicado.

³² *Mutatis mutandi* Politoff/Grisolia/Bustos, Derecho Penal parte especial, p. 238.

Si se trata, como en este caso, de fiscalizar el proceso de desarrollo de un convenio de fomento de la gestión de exportaciones de la Región del Maule, tal proceso importará ante todo la verificación de la correcta inversión de los recursos públicos comprometidos, para lo cual resultará fundamental la revisión de la documentación que dé cuenta del destino de dichos dineros, en la forma de boletas, comprobantes de egreso, liquidaciones, vales, etc., en que se pondrá atención a su regularidad externa y a la coherencia y credibilidad de su contenido, en cuanto a su monto, necesidad, emisor, etc.

Normalmente dicha información habrá de ser contrastada con otros antecedentes, tales como testimonios, declaraciones juradas, pericias, imágenes gráficas o fuentes de información abierta.

Lo anterior vale para precisar que la posibilidad de fiscalizar una actividad desarrollada en el extranjero no puede ser entendida como un proceso único, sino que dependerá del tipo de información que se requiera en el caso concreto para formarse opinión sobre la conformidad de la actividad en revisión.

Es así por ej. que no deberían existir mayores inconvenientes para el examen de la regularidad externa aparente y la consistencia de los datos contenidos en un documento, lo mismo que para requerir y revisar una declaración jurada o una fotografía. Más complejo resultará en cambio avanzar en dicho examen si los antecedentes señalados resultan insuficientes para dar cuenta de su regularidad si de su examen surgen dudas sobre su autenticidad o veracidad. En este caso será menester recurrir a fuentes originarias e indubitables de información, tales como: entrevistas personales, informes de entidades oficiales, inspecciones en terreno, levantamiento de evidencia, etc., donde pueden presentarse limitaciones en dos órdenes de materia: los recursos disponibles y el respeto a la legislación del Estado en que hayan de realizarse las diligencias de fiscalización.

En cuanto a los recursos disponibles, será menester verificar si del punto de vista presupuestario (y el eficiente uso de los recursos) existe disponibilidad para realizar cometidos de funcionarios en el extranjero para verificar la efectividad de un hecho o un testimonio. La existencia de los medios útiles y conducentes a una adecuada fiscalización debe ser demostrada en el procedimiento si se quiere reprochar y hacer exigible la conducta típica que se hace consistir en “consentir sin haber fiscalizado”. Su ausencia, por el contrario, habilitaría para invocar la eximente de responsabilidad del artículo 10 N° 12 del Código Penal: “*El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable*”.

Pero por otra parte, aun existiendo recursos disponibles, cualquier labor de fiscalización fuera del territorio nacional debe respetar la normativa del país donde se realicen las gestiones. Para cumplir sin tropiezos dicho objeto los Estados han optado a través del tiempo por asumir con su propia institucionalidad el

desarrollo de diligencias de investigación que interesen a otros Estados, suscribiendo tratados multilaterales³³ o bilaterales³⁴ de asistencia recíproca. No obstante, tales acuerdo se restringen normalmente al ámbito de investigaciones penales y en algunos casos incluso sólo de ciertas categorías de delitos³⁵ o de ciertas diligencias asociadas a la investigación de delitos³⁶.

Así ocurre con España, país con el cual Chile suscribió un Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal con fecha 14 de abril de 1992, pero que tiene por supuesto la existencia de un procedimiento penal incoado en el estado requirente.

Considerando así las previsible restricciones presupuestarias para realizar diligencias en el exterior, y la inexistencia de una normativa internacional que apoye y permita investigaciones más allá de lo penal, puede estimarse que las posibilidades de fiscalizar la inversión de fondos en el extranjero, si bien no imposibles, resultaban altamente limitadas.

CONCLUSIONES

1. Sólo si los funcionarios públicos tienen sobre sí mismos la posesión, custodia, tenencia y cuidado de los caudales públicos por razón de sus funciones, puede concluirse que los tienen “*a su cargo*” en los términos del artículo 233 del Código Penal.
2. Sólo en la medida que los funcionarios públicos actúen (u omitan actuar) con conocimiento de que con su conducta los terceros se apropian de fondos públicos que no les corresponden, y con el propósito de permitirlo, puede sostenerse que “*consienten*” en la sustracción de caudales en los términos del artículo 233 del Código Penal.
3. El incumplimiento del deber de ejercer un control permanente sobre el desempeño del personal de su dependencia que pesa sobre las jefaturas en la Administración, puede acarrear responsabilidad administrativa, civil y penal. Pero en este último caso es necesario que dicha conducta quede abarcada por la redacción estricta de algún tipo en la legislación punitiva y ha de ser subjetiva (con dolo en el caso del peculado) y objetivamente

³³ Destacándose entre ellos la Convención Interamericana Sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, ratificada por Chile en mayo de 2003.

³⁴ Convenio sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos entre los Gobiernos de la República de Chile y de la República Oriental del Uruguay, firmado el 15 de octubre de 1981, en Montevideo.

³⁵ Normalmente tráfico ilícito de estupefacientes: Gran Bretaña e Irlanda (1995), Costa Rica (1992), México (1990), Jamaica (1992), Perú (1990), etc.

³⁶ Tratados de Extradición celebrados con Francia, Argentina, Perú, España, Ecuador, Bélgica, Gran Bretaña, Brasil, Portugal, Uruguay, Paraguay, Brasil, Estados Unidos, Colombia, Bolivia, Venezuela, México, Australia y Corea.

(creando para el bien jurídico un riesgo jurídicamente desaprobado) imputable al autor.

4. A juicio de este informante, ninguna de estas condiciones se cumple en el caso en estudio.
5. La fiscalización efectiva de los fondos invertidos en el extranjero, si no resulta posible con un examen de la regularidad externa y consistencia de la documentación recabada, se encuentra limitada por las disponibilidades presupuestarias existentes y por la inexistencia de normativa internacional de cooperación para estas materias.

Es todo cuanto puedo informar.

Juan Ignacio Piña Rochefort
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Penal de la
Universidad de los Andes

Diseño y producción:
Gráfica Metropolitana

La presente obra de 1.500 ejemplares se terminó de imprimir
en diciembre de 2012