

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ
FACULTAD DE DERECHO

**ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL, 2018
OBSERVACIONES Y PROPUESTAS**



Santiago de Chile, 26 de noviembre de 2018.

PRESENTACIÓN

El Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Sr. Hernán Larraín Fernández, convocó a las universidades chilenas que imparten la carrera de Derecho, para que sus respectivas Facultades pudieran formular observaciones y propuestas respecto del texto del Anteproyecto de Código Penal 2018.

La Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, en respuesta a dicha convocatoria, ha emitido el presente informe. El Decano, Sr. Ramiro Mendoza Zúñiga, encargó la coordinación de su elaboración a los profesores Juan Pablo Aristegui Spikin y Carlos Correa Robles. El texto íntegro del Anteproyecto fue distribuido entre todos los profesores que conforman la planta de la Facultad. Adicionalmente, se lo distribuyó también entre quienes, en calidad de profesores invitados, imparten asignaturas de derecho penal en la Universidad. A todos ellos –con la salvedad que a continuación se indica– se les solicitó que examinaran ciertas disposiciones del Anteproyecto, seleccionadas en atención a sus respectivas áreas de dedicación académica.

Tres de nuestros profesores de planta, Antonio Bascuñán Rodríguez, Juan Pablo Cox Leixelard y Javier Wilenmann von Bernath, integraron la Comisión de Código Penal convocada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la cual produjo el documento sobre el cual aquí se informa. Por este motivo, a estos profesores no se les solicitó pronunciarse sobre el Anteproyecto. No obstante, los profesores Cox y Wilenmann participaron de una sesión, el primero en nuestra sede de Viña del Mar y el segundo en nuestra sede de Santiago, en que se discutió el texto del Anteproyecto.

Descontados los antes mencionados, veintiséis de los veintiocho profesores que conforman la planta de nuestra Facultad y tres profesores invitados intervinieron en el proceso de análisis y discusión del Anteproyecto. Ellos son:

1. Juan Pablo Aristegui Spikin
2. Marcela Chahuán Zedan
3. Marcos Contreras Enos
4. Rodrigo Correa González
5. Carlos Correa Robles
6. Felipe de la Fuente Hulaud
7. Susana Espada Mallorquín
8. Mayra Feddersen Martínez
9. Sebastián Figueroa Rubio
10. Javier Gallego Saade

11. Sergio Gamonal Contreras
12. Alejandro García Cubillos
13. Caterina Guidi Moggia
14. Arturo Ibáñez León
15. Guillermo Jiménez Salas
16. Osvaldo Lagos Villarreal
17. Fernando Laiseca Asla
18. Patricia Lorca Riofrío
19. Antonio Morales Manzo
20. Alberto Pino Emhart
21. Mauricio Reyes López
22. Christian Rojas Calderón
23. Sophía Romero Rodríguez
24. Francisco Saffie Gatica
25. Adrián Schopf Olea
26. Samuel Tschorne Venegas
27. Verónica Undurraga Valdés
28. Nathalie Walker Silva
29. Veronika Wegner Astudillo

La mayoría de los señalados formuló comentarios y propuestas. Por supuesto, dentro de una comunidad académica sana existen diversas visiones, por lo que ha parecido necesario identificar a la autora o al autor de cada observación. En algunos casos incluso, respecto de una misma disposición del Anteproyecto, hay propuestas divergentes de parte de distintos profesores.

Como resultado, el presente informe refleja un esfuerzo por incorporar las perspectivas de las distintas ramas del derecho en el análisis del Anteproyecto de Código Penal 2018, prestando especial atención a la legislación no penal pertinente. Los profesores de la Facultad quedan a disposición del Sr. Ministro de Justicia y Derechos Humanos para aclarar cualquier inquietud que pudiera surgir a partir de los comentarios formulados. Se espera así, por medio del informe que se presenta, contribuir a la producción de un mejor Código Penal para nuestro país.

OBSERVACIONES Y PROPUESTAS

A continuación, se presenta las observaciones y/o propuestas formuladas, comenzando por aquellas referidas a disposiciones de la Parte General y luego aquellas de la Parte Especial del Código. En cada sección se ha seguido el orden de la disposición que haya merecido comentario, identificándose a la autora o al autor de la observación en cada caso. Las modificaciones propuestas respecto del texto de una disposición se destacan mediante letras de color rojo, en cursiva, negrita y subrayado. Enseguida de cada propuesta de modificación se incluye una breve justificación. Hacia el final de cada sección se acompañan algunos comentarios de carácter más general que, aunque pudiendo formularse a propósito de alguna disposición específica, no se traducen en una propuesta de modificación de su texto (“Comentarios adicionales”).

Primera sección: Parte General

Art. 9. *Tiempo de perpetración del delito.*

Propuesta de Mauricio Reyes, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|---|--|
| Art. 9. <i>Tiempo de perpetración del delito.</i> Para efectos de lo dispuesto en el artículo precedente, el delito se entiende perpetrado en el momento o durante el lapso en el cual se ejecuta la acción o se incurre en la omisión punible. | Art. 9. <i>Tiempo de perpetración del delito.</i> Para efectos de lo dispuesto en el artículo precedente, el delito se entiende perpetrado en el momento <u>en que se da inicio a la ejecución del hecho. Tratándose de una omisión punible, desde el momento en que se incurre en la misma.</u> |

Justificación. Esta propuesta de modificación tiene por finalidad fijar con la mayor precisión posible el momento de la perpetración del delito para los efectos de la determinación de la ley penal aplicable. En concepto del autor de la propuesta, la ley penal aplicable a un determinado hecho debe ser aquella que pudo motivar la conducta del autor, y que no es otra que la vigente en el momento inmediatamente anterior al inicio de la ejecución del hecho punible, es decir, en el momento de la determinación al hecho. Por lo tanto, las ulteriores fases de desarrollo del delito debieran regirse por la ley vigente al momento de la tentativa. Esto tiene aplicación práctica ante todo en los delitos continuados y en los delitos permanentes. De conservarse la redacción actual, puede generarse incertidumbre acerca de la ley aplicable a dichos delitos. La modificación aquí propuesta elimina dicha incertidumbre.

Art. 11. *Delito*

Propuesta de Mauricio Reyes, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|---|---|
| Art. 11. <i>Delito.</i> Es delito la acción u omisión ilícita y culpable descrita por la ley bajo señalamiento de pena. | Art. 11. <i>Delito.</i> Es delito la acción u omisión ilícita y culpable descrita <u>y penada por la ley.</u> |

Justificación. Esta modificación tiene por propósito práctico facilitar la comprensión del texto de la disposición. La expresión “*bajo señalamiento de pena*”, si bien no merece reproches técnicos, es menos comprensible para la inmensa mayoría de los destinatarios del mensaje conminatorio del legislador penal.

Art. 12. *Dolo e imprudencia.*

Propuesta de Verónica Undurraga, Profesora de Derecho Constitucional:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|--|--|
| Art. 12. <i>Dolo e imprudencia.</i> Una acción u omisión comprendida en el artículo precedente solo es punible a condición de que ella sea dolosa, a menos que la ley prevea expresamente la punibilidad del hecho imprudente. | Art. 12. <i>Dolo e imprudencia.</i> <u>La conducta</u> comprendida en el artículo precedente solo es punible a condición de que ella sea dolosa, a menos que la ley prevea expresamente la punibilidad del hecho imprudente. |

Justificación. La propuesta busca solucionar redundancias y con ello mejorar la redacción de la disposición.

Art. 13. *Graduación de la imprudencia.*

Propuesta de Mauricio Reyes, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|---|---|
| Art. 13. <i>Graduación de la imprudencia.</i> La imprudencia puede ser simple o temeraria. No es punible el descuido mínimo. Cuando la ley disponga la punibilidad del hecho imprudente bastará la imprudencia simple, a menos que la ley exija imprudencia temeraria. La imprudencia es temeraria cuando el sujeto hubiera podido evitar la realización del delito empleando la mínima diligencia que le era exigible de acuerdo con sus circunstancias. | Art. 13. <i>Graduación de la imprudencia.</i> La imprudencia puede ser simple o temeraria. No es punible el descuido mínimo. Cuando la ley disponga la punibilidad del hecho imprudente bastará la imprudencia simple, a menos que la ley exija imprudencia temeraria. La imprudencia es temeraria cuando el sujeto hubiera podido evitar la realización del delito empleando la mínima diligencia que le era exigible de acuerdo con sus circunstancias. <u><i>La imprudencia es simple cuando el sujeto hubiera podido evitar la realización del delito empleando la diligencia ordinaria que le era exigible de acuerdo con sus circunstancias.</i></u> |

Justificación. Esta modificación tiene por propósito definir lo que debe entenderse por imprudencia simple. Es importante incorporar esta modificación, ya que de lo contrario dicha definición será determinada jurisprudencialmente realizando una construcción interpretativa basada en los incisos segundo y tercero del mismo artículo, y ningún razonamiento jurisprudencial razonable llegará a una conclusión diferente de la aquí propuesta. Definir imprudencia simple legislativamente ahorra dicho esfuerzo hermenéutico.

Art. 14. Error sobre las circunstancias del hecho.

(a) Propuesta de Felipe de la Fuente, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|---|--|
| <p><i>Art. 14. Error sobre las circunstancias del hecho.</i> No actúa u omite dolosamente quien por error desconoce una circunstancia exigida por la descripción legal del hecho, así como quien erradamente supone como efectivas las circunstancias exigidas por una causa de exclusión de la ilicitud.</p> <p>Si el error hubiere sido vencible para el hechor se estará a lo que la ley prevea para la punibilidad y la penalidad del hecho imprudente.</p> | <p><i>Art. 14. Error sobre las circunstancias del hecho.</i> <u>Actúa sin dolo quien yerra en la apreciación de las circunstancias exigidas</u> por la descripción del hecho, así como quien erradamente supone como efectivas las circunstancias exigidas por una causa de exclusión de la ilicitud.</p> <p>Si el error fuere vencible para el hechor se estará a lo que la ley prevea para la punibilidad y la penalidad del hecho imprudente.</p> <p><u>Las mismas reglas se aplicarán al error sobre la contravención de normas extrapenales cuando su infracción defina el sentido de la conducta para la ley penal.</u></p> |

Justificación. El objetivo de este precepto es establecer los supuestos de error a los que se les reconoce el efecto de excluir el dolo. Por lo mismo, la redacción de esta norma puede simplificarse situando la negación directamente en relación con el dolo: “Actúa u omite sin dolo quien...”. Mejor aún sería emplear la fórmula: “Obra sin dolo el que...”, pues no hay peligro de que esas expresiones sean interpretadas en el sentido de hacer inaplicable el precepto a las omisiones. Se puede obrar tanto activa como omisivamente, y es normal en cualquier texto que se refiera a las acciones humanas utilizar un término que de modo genérico se refiera a ambas modalidades. La mención reiterada de las hipótesis de actuar u omitir en el articulado del Anteproyecto es innecesaria.

Continúa el texto refiriéndose a “quien por error desconoce una circunstancia” del hecho. Hay evidentemente una cierta redundancia en esa forma de expresarse. El error sobre las circunstancias típicas consiste precisamente en ignorar su concurrencia, e ignorar es sinónimo de desconocer algo. Por tal motivo, hablar de quien por error desconoce una circunstancia del hecho resulta reiterativo.

Es posible que los redactores hayan querido dejar fuera la ignorancia deliberada, es decir, el desconocimiento de una circunstancia del hecho que se debe a una decisión previa del sujeto en orden a no tomar conocimiento de ciertos acontecimientos. Esta es una materia discutida y discutible. Supuesto que se estimara necesario dejar zanjado ese asunto a través del art. 14, lo cierto es que es dudoso que los términos empleados consigan ese objetivo. Si ese es el propósito, entonces, es preferible que se añada un inciso que señale que “la ignorancia deliberada de una circunstancia exigida por la descripción del hecho no será obstáculo para atribuir dolo”.

En la propuesta que aquí se plantea se utiliza en cambio el verbo “*equivocarse*”, que por su propio significado constituye un buen argumento para negar el error en los casos de ignorancia deliberada y hace innecesaria una norma sobre el punto.

El objeto del error regulado en el art. 14 son las circunstancias exigidas por la descripción legal del hecho. Esto puede ser un problema. Son numerosas las leyes penales que, sujetándose a los límites fijados por la Constitución, remiten a normas no legales de complemento. La redacción propuesta puede sugerir la idea de que la ignorancia de una de las circunstancias descritas en esas normas sería irrelevante para la apreciación del dolo, lo cual es ciertamente equivocado.

El inciso segundo del art. 14 contempla el efecto de un error vencible, indicando que reconduce el castigo al régimen de la imprudencia.

El texto alude sin embargo a un error vencible “*para el hecho*”, con lo que da a entender que el baremo de apreciación de la evitabilidad del mismo es subjetivo. Estoy en desacuerdo con esa especificación, pues estimo que el baremo debe ser objetivo (intersubjetivo).

Por lo demás, el criterio que se utilice para apreciar la vencibilidad del error no debería ser distinto del que se utilice para apreciar la imprudencia típica. La doctrina ampliamente mayoritaria apoya la idea de que, al menos a nivel de tipicidad, lo único que se requiere es la infracción objetiva de un deber de cuidado.

El error sobre los elementos típicos de ilicitud: Sin duda el problema más arduo que enfrenta la doctrina del error es el que se plantea cuando la propia descripción del hecho exige que la conducta sea realizada en contravención de ciertas normas, pues en esos casos el error del agente bien podría ser calificado como un error de tipo o como un error de prohibición, con consecuencias muy diferentes en cada caso.

Para solucionar este problema se han propuesto en la doctrina numerosos criterios, ninguno de los cuales ha logrado imponerse. La complejidad de la materia obliga a trazar una serie de distinciones, pues no todas las infracciones normativas ocupan el mismo lugar dentro de la estructura típica de una conducta.

No es necesario que el legislador dirima esta disputa y posiblemente sería apresurado que lo hiciera, dado que en nuestro país ni siquiera ha habido discusión al respecto. De todos modos, se incluye en la propuesta normativa que aquí se plantea un inciso destinado a abordar este problema y que se orienta a dar preferencia a las reglas del error de tipo en aquellos casos en que la antinormatividad de la conducta puede ser considerada como un rasgo de la descripción típica del hecho.

(b) Propuesta de Mauricio Reyes, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|---|---|
| <p>Art. 14. <i>Error sobre las circunstancias del hecho</i>. No actúa u omite dolosamente quien por error desconoce una circunstancia exigida por la descripción legal del hecho, así como quien erradamente supone como efectivas las circunstancias exigidas por una causa de exclusión de la ilicitud.</p> | <p>Art. 14. <i>Error sobre las circunstancias del hecho</i>. No actúa u omite dolosamente quien por error desconoce una circunstancia exigida por la descripción legal del hecho, así como quien erradamente supone como efectivas las circunstancias exigidas por una causa de exclusión de la ilicitud.</p> |

| | |
|--|---|
| Si el error hubiere sido vencible para el hechor se estará a lo que la ley prevea para la punibilidad y la penalidad del hecho imprudente. | Si el error hubiere <i>podido ser evitado por</i> el hechor se estará a lo que la ley prevea para la punibilidad y la penalidad del hecho imprudente. |
|--|---|

Justificación. Esta modificación tiene por propósito facilitar la comprensión de la disposición, conservando intacto su contenido prescriptivo. Los términos “*vencible*” e “*invencible*”, si bien enteramente correctos, no son los más apropiados para una adecuada intelección del precepto por parte de quienes carezcan de conocimientos especializados de dogmática penal.

Art. 15. Error sobre la ilicitud del hecho.

(a) Propuesta de Felipe de la Fuente, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|--|---|
| Art. 15. <i>Error sobre la ilicitud del hecho.</i> No es penalmente responsable quien actúa u omite desconociendo la ilicitud del hecho siempre que el error haya sido invencible para el hechor. En caso de ser vencible se reconocerá una atenuante muy calificada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60, 61 o 62, a menos que el error fuere indicativo de suma indiferencia acerca de la ilicitud del hecho. | Art. 15. <i>Error sobre la ilicitud del hecho.</i> <u><i>El error sobre la ilicitud del hecho exime de pena si quien lo ha padecido no pudiere ser responsabilizado de él. En cualquier otro caso,</i></u> se reconocerá una atenuante muy calificada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60, 61 o 62, a menos que el error fuere indicativo de suma indiferencia acerca de la ilicitud del hecho. |

Justificación. De la redacción del precepto, llama la atención que se evite emplear el término culpabilidad, que sí se emplea en la definición de delito que contiene el art. 11. Lo mismo se observa en los artículos 16 y 17. Lo lógico sería dar algún contenido a aquel concepto. Las condiciones cognitivas necesarias para el seguimiento de la norma son indiscutidamente consideradas como parte esencial del concepto de culpabilidad.

Los efectos del error previsto en este precepto dependen de si aquel ha sido o no “vencible”. Aunque los términos “vencible” y “evitable” suelen emplearse como sinónimos, es preferible el primero por diversas razones y principalmente porque resulta más afín a un examen del error centrado en el cumplimiento o incumplimiento de los deberes de conocimiento del destinatario de la norma y en sus efectos.

Tal como en el caso del error de tipo, aquí también se opta por un baremo subjetivo (“para el hechor”). Dado que se trata de determinar si el individuo ha cumplido o no con las exigencias derivadas de un deber (limitado) de conocimiento de las normas, no es correcto utilizar un baremo subjetivo. Por cierto, la utilización de un baremo objetivo no es ningún obstáculo para tomar en cuenta las circunstancias culturales del agente.

En la propuesta aquí planteada se utiliza en todo caso el concepto más amplio de “*responsabilidad por el error*”.

(b) Propuesta de Mauricio Reyes, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|---|--|
| <p>Art. 15. <i>Error sobre la ilicitud del hecho.</i> No es penalmente responsable quien actúa u omite desconociendo la ilicitud del hecho siempre que el error haya sido invencible para el hechor. En caso de ser vencible se reconocerá una atenuante muy calificada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60, 61 o 62, a menos que el error fuere indicativo de suma indiferencia acerca de la ilicitud del hecho.</p> | <p>Art. 15. <i>Error sobre la ilicitud del hecho.</i> No es penalmente responsable quien actúa u omite desconociendo la ilicitud del hecho siempre que el error <i>no haya podido ser evitado por el</i> hechor. En caso de ser <i>evitable</i> se reconocerá una atenuante muy calificada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60, 61 o 62, a menos que el error fuere indicativo de suma indiferencia acerca de la ilicitud del hecho.</p> |

Justificación. Esta modificación tiene por propósito facilitar la comprensión de la disposición, conservando intacto su contenido prescriptivo. Los términos “*vencible*” e “*invencible*”, si bien enteramente correctos, no son los más apropiados para una adecuada intelección del precepto por parte de quienes carezcan de conocimientos especializados de dogmática penal.

Art. 17. Ausencia de responsabilidad por perturbación psíquica

Propuesta de Susana Espada, Profesora de Derecho Civil:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|--|---|
| <p>Art. 17. <i>Ausencia de responsabilidad por perturbación psíquica.</i> No es penalmente responsable la persona que al momento del hecho padece una perturbación psíquica, aun transitoria, que la incapacita para motivarse a evitarlo.</p> <p>Lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable cuando la persona afectada por la perturbación fuere responsable de haber quedado incapacitada para motivarse a evitar el hecho, en cuyo caso se le reconocerá una atenuante muy calificada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60, 61 o 62, a menos que hubiere provocado deliberadamente su incapacidad.</p> | <p>Art. 17. <i>Ausencia de responsabilidad por <i>trastorno</i> psíquico.</i> No es penalmente responsable la persona que al momento del hecho padece una <i>anomalía</i> psíquica, aun transitoria, que la incapacita para motivarse a evitarlo.</p> <p>Lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable cuando la persona afectada por la <i>anomalía</i> fuere responsable de haber quedado incapacitada para motivarse a evitar el hecho, en cuyo caso se le reconocerá una atenuante muy calificada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60, 61 o 62, a menos que hubiere provocado deliberadamente su incapacidad.</p> |

Justificación. Se propone modificar el término “*perturbación*”, por el de “*trastorno*” o “*anomalía*” por entenderse más técnico y menos peyorativo de conformidad con la necesidad de adaptar el lenguaje a la Convención de Personas con Discapacidad.

Art. 12. *Punibilidad de la tentativa*

Propuesta de Mauricio Reyes, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|---|--|
| Art. 31. <i>Punibilidad de la tentativa</i> . La tentativa de delito es punible a no ser que la ley disponga otra cosa. Hay tentativa desde que estando resuelto a perpetrar el delito el hechor se pone inmediatamente en situación de hacerlo. | Art. 31. <i>Punibilidad de la tentativa</i> . La tentativa de delito es punible a no ser que la ley disponga otra cosa. Hay tentativa desde que estando resuelto a perpetrar el delito el hechor <u>comienza a ejecutarlo, pero todavía no realiza todos los elementos establecidos en la descripción legal de la conducta punible.</u> |

Justificación. La definición de tentativa contemplada en el inciso segundo del art. 31 del Anteproyecto puede conducir a aplicaciones judiciales abiertamente contrarias al propósito subyacente a dicha disposición, coincidente con el del § 22 del Código Penal alemán, que le sirvió de modelo. En efecto, un juez que desconozca la regulación alemana podría llegar a la conclusión de que “*ponerse inmediatamente en situación*” de perpetrar el delito implica la punibilidad de una mera tendencia interna intensificada, sin exigir que esta se traduzca en hechos exteriores. Esta interpretación dislocada llevaría a la punibilidad de la mera intención, lo que es constitucionalmente inadmisibles. Para evitar toda posibilidad de interpretar erradamente la disposición en cuestión, se propone una definición menos rupturista con la práctica judicial chilena, pero que mantiene intacto el contenido normativo que evidentemente se tuvo en vista al redactar la disposición aquí observada.

Art. 50. *Libertad restringida*

Propuesta de Alejandro García, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|--|---|
| Art. 50. <i>Libertad restringida</i> . Por la pena de libertad restringida se somete al condenado a un régimen de control ambulatorio de su desempeño cotidiano acompañado de aquellas prohibiciones, obligaciones, condiciones, actividades y programas que se hayan definido en un plan de cumplimiento individual, el cual deberá ser aprobado por el tribunal y estará orientado a fortalecer el respeto del condenado por los derechos de las demás personas y a favorecer condiciones para que no vuelva a perpetrar delitos en el | Art. 50. <i>Libertad restringida</i> . Por la pena de libertad restringida se somete al condenado a un régimen de control ambulatorio de su desempeño cotidiano acompañado de aquellas prohibiciones, obligaciones, condiciones, actividades y programas que se hayan definido en un plan de cumplimiento individual. <u>Éste será elaborado por la autoridad competente según las circunstancias y características concretas del condenado y del hecho punible, además, deberá ser aprobado por el tribunal. El plan de cumplimiento</u> |

| | |
|--|--|
| <p>futuro. El régimen de control será ejercido por un delegado designado por la autoridad competente, quien deberá informar periódicamente sobre su cumplimiento.</p> <p>La pena de libertad restringida tendrá una duración mínima de seis meses y una duración máxima de dos años. Aun cuando fueren aplicables los artículos 82, 83, 84 u 89, en ningún caso se impondrá una pena de libertad restringida cuya duración exceda de tres años.</p> <p>Cada pena de libertad restringida que imponga el tribunal será determinada por éste en su extensión por un número de meses enteros.</p> | <p><u>tendrá por exclusiva finalidad</u> fortalecer el respeto del condenado <u>por los intereses afectados</u> y a favorecer condiciones para que no vuelva a perpetrar delitos en el futuro. <u>La sentencia que imponga la libertad restringida en ningún caso fijará las prohibiciones, obligaciones, condiciones o actividades que se deberán contener en el plan de cumplimiento.</u></p> <p>El régimen de control será ejercido por un delegado designado por la autoridad competente, quien deberá informar periódicamente sobre su cumplimiento.</p> <p>La pena de libertad restringida tendrá una duración mínima de seis meses y una duración máxima de dos años. Aun cuando fueren aplicables los artículos 82, 83, 84 u 89, en ningún caso se impondrá una pena de libertad restringida cuya duración exceda de tres años.</p> <p>Cada pena de libertad restringida que imponga el tribunal será determinada por éste en su extensión por un número de meses enteros.</p> |
|--|--|

Justificación. La pena de libertad restringida que se propone en el artículo 50 del Anteproyecto, y cuya ejecución se regula en los artículos 113 y siguientes del mismo cuerpo normativo, resulta similar a las penas sustitutivas de libertad vigilada de la Ley N° 18.216. Actualmente se impone una pena privativa de libertad que en la sentencia es sustituida por alguna de las dos formas de libertad vigilada. En la actual regulación, la pena de libertad restringida es una pena a imponer como principal.

Sin perjuicio de lo señalado, me parece, aún sin ser explícito, que la redacción del artículo 50, en relación con el artículo 114, ambos del Anteproyecto, son demasiado amplias, en tanto, podrían no existir objeciones para que el Tribunal, en su sentencia, imponga prohibiciones que deberán ser reguladas en la libertad restringida.

Esto si bien no parece preocupante, ya que es el mismo Tribunal el que con posterioridad aprueba el Plan de Intervención, si puede generar ciertos problemas desde el momento en que en nuestro sistema procesal penal existen formas negociadas de imposición de sanciones penales. Eventualmente, el Ministerio Público (con o sin el querellante) podría solicitar penas negociadas con la defensa, por ejemplo en el marco de un procedimiento abreviado, que sea una libertad restringida, pero que en todo evento deba imponer cierto tipo de prohibiciones, obligaciones o condiciones específicas. Si bien ello no está regulado, no se encuentra prohibido.

Por lo anterior, se realizan precisiones con el objeto que se regule que el plan individual de cumplimiento es determinado por una autoridad técnica, y que las prohibiciones, condiciones y obligaciones, no pueden ser determinadas en la sentencia, y que la única finalidad de la pena es el resguardo de los intereses afectados y el interés en la no comisión de nuevos delitos.

Art. 54. Pena legal del inductor

Propuesta de Alejandro García, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|---|--|
| <p>Art. 54. <i>Pena legal del inductor</i>. La pena legal del inductor corresponde a la del autor del delito, quedando facultado el tribunal para disminuirla del modo previsto en los artículos 60, 61 o 62 según corresponda.</p> <p>La penal legal del inductor de un hecho que hubiere quedado en grado de tentativa corresponde a la que habría de imponerse al autor de tentativa haciendo uso el tribunal de la facultad que le confiere el inciso segundo del artículo anterior, quedando facultado además para aplicar el efecto previsto en el artículo 66.</p> | <p>Art. 54. <i>Pena legal del inductor</i>. La pena legal del inductor corresponde a la <u>que resulte de disminuir la pena del autor del modo previsto en los artículos 60, 61 o 62 según corresponda, quedando facultado el tribunal para aplicar adicionalmente el efecto previsto en el artículo 66.</u></p> <p>La penal legal del inductor de un hecho que hubiere quedado en grado de tentativa corresponde a la que habría de imponerse al autor de tentativa haciendo uso el tribunal de la facultad que le confiere el inciso segundo del artículo <u>53, debiendo además aplicar el efecto previsto en el artículo 66.</u></p> |

Justificación. Hoy en día al inductor le corresponde la pena del autor, esto por motivo de la lectura y aplicación que se le ha dado al artículo 15 de nuestro Código Penal. Sin embargo, la inducción es una forma de participación o intervención secundaria distinta a la autoría. El Anteproyecto, a este respecto, da un paso importante desde que reconoce legalmente, como forma de intervención accesoria, la inducción. Sin embargo, en el artículo 54 del Anteproyecto se expresa que la rebaja de pena del inductor (por ser partícipe) es facultativa y no obligatoria, lo cual dista de la opción que se individualiza para el cómplice (artículo 55 del Anteproyecto). A mi entender, siendo ambas formas de participación o intervención secundaria, deberían tener idéntica regulación en lo que respecta a la rebaja de pena.

Lo anterior, además, es sistemáticamente coherente con lo referido en el inciso segundo del artículo 34 del Anteproyecto. A saber, en dicho artículo se expresa que quien no detenta la calidad especial exigida en el tipo penal solo puede responder como cómplice o inductor (según corresponda). Esta opción, es una regulación intermedia de las posibles en materia de comunicabilidad. Lo que es indiscutible es que se afirma que quien no detenta la calidad especial solo puede intervenir accesoriamente o secundariamente en el hecho. Ahora, esta afirmación es totalmente irrelevante si la rebaja de pena del inductor es facultativa, pudiéndosele imponer incluso la pena del autor. Es más, es irrelevante identificar al inductor como forma de

participación si puede imponérsele la pena del autor, facultativamente por el Tribunal. Por lo anterior, por razones sistemáticas y dogmáticas, propias de la diferenciación del quantum de intervención en un hecho punible, me parece que la regulación debe ser similar a la del cómplice.

Art. 63. Agravante muy calificada respecto de la pena legal compuesta por penas alternativas

Propuesta de Alejandro García, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|--|--|
| <p>Art. 63. <i>Agravante muy calificada respecto de la pena legal compuesta por penas alternativas.</i> Cuando la pena legal esté compuesta por dos o más penas alternativas de las cuales la más grave sea la libertad restringida, la reclusión o la prisión, la concurrencia de una agravante muy calificada obliga al tribunal a imponerla como pena única.</p> <p>Con todo, si como consecuencia de lo dispuesto en el inciso anterior hubiere de imponerse al condenado prisión o reclusión en un caso en que la pena legal incluya como alternativa la libertad restringida, el tribunal impondrá esta última cuando, considerando las circunstancias del hecho y los antecedentes del condenado, ello apareciere como necesario para evitar su marginación social, salvo cuando el responsable se encontrare en alguna de las situaciones descritas en el inciso tercero del artículo 72, caso en el cual no podrá preferirse la libertad restringida.</p> | <p>Art. 63. <i>Agravante muy calificada respecto de la pena legal compuesta por penas alternativas.</i> Cuando la pena legal esté compuesta por dos o más penas alternativas de las cuales la más grave sea la libertad restringida, la reclusión o la prisión, la concurrencia de una agravante muy calificada obliga al tribunal a imponerla como pena única.</p> <p>Con todo, Si como consecuencia de lo dispuesto en el inciso anterior hubiere de imponerse al condenado prisión o reclusión en un caso en que la pena legal incluya como alternativa la libertad restringida, el tribunal impondrá esta última cuando, considerando las circunstancias del hecho y los antecedentes del condenado, ello apareciere como necesario para evitar su marginación social, salvo cuando el responsable se encontrare en alguna de las situaciones descritas en el inciso tercero del artículo 72, caso en el cual no podrá preferirse la libertad restringida.</p> <p><u>Con todo, si como consecuencia de lo dispuesto en el inciso primero hubiere de imponerse al condenado prisión o reclusión, alternativamente, el tribunal impondrá esta última cuando, considerando las circunstancias del hecho y los antecedentes del condenado, ello apareciere como necesario para evitar su marginación social, salvo cuando el responsable se encontrare en alguna de las situaciones descritas en el inciso tercero del artículo 72, caso en el cual no podrá preferirse la reclusión.</u></p> |

Justificación. La justificación de la propuesta de modificación del art. 63 se presenta a propósito de la justificación de la propuesta de modificación del art. 72.

Art. 72. Selección de la naturaleza de la pena dentro del marco penal

Propuesta de Alejandro García, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|--|---|
| <p><i>Art. 72. Selección de la naturaleza de la pena dentro del marco penal.</i> Si luego de haberse aplicado las reglas establecidas en el párrafo anterior el marco penal constare de penas alternativas, el tribunal seleccionará una de ellas tomando en consideración la intensidad de la culpabilidad del responsable, la extensión del mal que importe el delito, la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes y los efectos que la pena provocaría en la vida futura del condenado.</p> <p>En los casos en que el marco penal incluya una pena de libertad restringida, el tribunal la preferirá sobre la reclusión o la prisión, a menos que las circunstancias a que se refiere el inciso anterior hicieren imperiosa la imposición de reclusión o prisión.</p> <p>Tampoco podrá el tribunal preferir la libertad restringida si:</p> <p>1° el responsable hubiere sido anteriormente condenado por uno o más crímenes o por dos o más simples delitos; o</p> <p>2° si la condena fuere por delitos de igual o semejante naturaleza, que afectaren a una pluralidad de individuos y hubieren sido perpetrados como parte de un único plan o aprovechando en diversas ocasiones la oportunidad ofrecida por circunstancias equivalentes.</p> | <p><i>Art. 72. Selección de la naturaleza de la pena dentro del marco penal.</i> Si luego de haberse aplicado las reglas establecidas en el párrafo anterior el marco penal constare de penas alternativas, el tribunal seleccionará una de ellas tomando en consideración la intensidad de la culpabilidad del responsable, la extensión del mal que importe el delito, la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes y los efectos que la pena provocaría en la vida futura del condenado.</p> <p>En los casos en que el marco penal incluya una pena de libertad restringida, el tribunal la preferirá sobre la reclusión o la prisión, a menos que las circunstancias a que se refiere el inciso anterior hicieren imperiosa la imposición de reclusión o prisión. <u><i>Por otro lado, en los casos en que el marco penal incluya penas alternativas de prisión y de reclusión, el tribunal preferirá esta última por sobre la prisión, a menos que las circunstancias a que se refiere el inciso anterior hicieren imperiosa la imposición de prisión.</i></u></p> <p>Tampoco podrá el tribunal preferir la libertad restringida <u><i>o la reclusión</i></u> si:</p> <p>1° el responsable hubiere sido anteriormente condenado por uno o más crímenes o por dos o más simples delitos; o</p> <p>2° si la condena fuere por delitos de igual o semejante naturaleza, que afectaren a una pluralidad de individuos y hubieren sido perpetrados como parte de un único plan o aprovechando en diversas ocasiones la oportunidad ofrecida por circunstancias equivalentes.</p> |

| | |
|--|--|
| | |
|--|--|

Justificación (en relación con los artículos 63 y 72). En ambos artículos se puede ver una opción conforme a la cual en aquellos casos en que sea posible la imposición de la libertad restringida, existiendo otras penas más gravosas (reclusión y prisión), sea la primera la pena a aplicar. La opción anterior será eventualmente una decisión legislativa de política criminal. Sin embargo, el mismo criterio no se observa si dentro de las penas posibles la menos gravosa es la reclusión, siendo la más gravosa la prisión. Con seguridad, existiendo un criterio de imposición de penas menos gravosas en caso de estar varias penas establecidas respecto de la libertad restringida, se planteará el mismo argumento respecto de la reclusión, que es menos gravosa que la prisión. Es por lo anterior que me parece adecuado regular dicho supuesto en los artículos que se propone reformar.

Art. 91. Término de la suspensión de la sentencia

Propuesta de Alejandro García, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|---|--|
| <p><i>Art. 91. Término de la suspensión de la sentencia.</i> Transcurrido el plazo fijado para la suspensión sin que el condenado hubiere sido objeto de una nueva condena, el tribunal dejará sin efecto la decisión de condena y decretará el sobreseimiento definitivo.</p> <p>Si durante la suspensión, en cambio, el condenado fuere objeto de una nueva condena, el tribunal revocará la suspensión y dictará la sentencia que impone la pena. En este caso no procederá la sustitución condicional a que se refiere el artículo 116.</p> | <p><i>Art. 91. Término de la suspensión de la sentencia.</i> Transcurrido el plazo fijado para la suspensión sin que el condenado hubiere sido objeto de una nueva condena <u>por hechos posteriores a la condena</u>, el tribunal dejará sin efecto la decisión de condena y decretará el sobreseimiento definitivo.</p> <p>Si durante la suspensión el condenado fuere objeto de una <u>formalización de la investigación el tribunal podrá extender el término de la suspensión de la sentencia hasta por un periodo de dos años desde la formalización con el solo objeto que en caso de obtenerse condena se revoque la suspensión. Transcurrido el plazo de dos años desde la formalización, sin obtención de condena, se procederá conforme al inciso primero.</u> En este caso no procederá la sustitución condicional a que se refiere el artículo 116.</p> |

Justificación. La propuesta normativa regula una institución no existente por regla general en nuestro sistema procesal penal, que es la suspensión de la dictación de la sentencia (algo similar, excepcionalmente, se puede observar respecto del procedimiento monitorio). A este respecto,

en el artículo 91 del Anteproyecto se regula la posibilidad de revocar la suspensión, específicamente por la imposición de una condena.

Lo anterior es correcto, sin embargo, no regula la posibilidad que el nuevo delito, posiblemente objeto de una condena, se cometa al final de un periodo de suspensión. En estos casos la condena será posterior al momento en que se decreta el sobreseimiento definitivo. Tampoco prevé la posibilidad de investigaciones y juicios extensos por nuevos hechos, posteriores a la suspensión de la condena, que impliquen la posibilidad de condenas posteriores cuando la condena suspendida ya esté dentro del plazo de sobreseimiento de la causa.

Es por esto que se propone una regla de aumento del plazo de suspensión en caso de investigaciones formalizadas, a la espera del resultado de dichos nuevos procedimientos que, eventualmente, podrían terminar en una condena.

Art. 109. Trabajo al interior de la prisión

Propuesta de Alejandro García, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|--|---|
| <p>Art. 109. <i>Trabajo al interior de la prisión.</i> Todo sentenciado a una pena de prisión tendrá derecho a ocuparse en una actividad productiva durante su cumplimiento, la que será desarrollada en los espacios de que dispusiere personalmente y en aquellos que el recinto destinare a dichos efectos.</p> <p>También tendrá derecho a desempeñar una ocupación laboral formal, sin otras restricciones que las que establezca la ley. La participación de los condenados en actividades productivas será siempre remunerada y quedará sujeta al régimen laboral común, sin más excepciones que las que imponga la sujeción al régimen penitenciario.</p> <p>Las relaciones entre los condenados y quienes organizan u ofrecen programas de trabajo quedarán sujetas al régimen laboral común.</p> | <p>Art. 109. <i>Trabajo al interior de la prisión.</i> Todo sentenciado a una pena de prisión tendrá derecho a ocuparse en una actividad productiva durante su cumplimiento, la que será desarrollada en los espacios de que dispusiere personalmente y en aquellos que el recinto destinare a dichos efectos.</p> <p>También tendrá derecho a desempeñar una ocupación laboral formal, sin otras restricciones que las que establezca la ley. La participación de los condenados en actividades productivas será siempre remunerada y quedará sujeta al régimen laboral común, sin más excepciones que las que imponga la sujeción al régimen penitenciario.</p> <p>Las relaciones entre los condenados y quienes organizan u ofrecen programas de trabajo quedarán sujetas al régimen laboral común, <u><i>sin perjuicio de lo que se establezca en leyes destinadas a dispensar a los condenados un tratamiento laboral más beneficioso que el correspondiente al régimen común, como parte de programas destinados a facilitar su reinserción social.</i></u></p> |

Justificación. Sin perjuicio de reconocer como positivo el régimen de ejecución de las penas privativas y restrictivas de libertad regulado por el anteproyecto, sería beneficioso aclarar que la sujeción de las actividades laborales de los condenados al régimen laboral común no debiera obstar a la adopción de un régimen más favorable, en caso de que el legislador en el futuro optara por este como parte de un programa legislativo de resocialización. La adopción del régimen laboral común debe ser un mínimo, no un máximo. Y si bien por la aplicación de los principios de especialidad y temporalidad en rigor no sería necesario el establecimiento de una disposición como la aquí propuesta, estimo prudente y sensato dejar en claro que el establecimiento de un régimen laboral especial más beneficioso para los condenados no sólo no está excluido, sino que está expresamente previsto como una posibilidad de perfeccionamiento del programa de reinserción social establecido por el Código Penal.

Art. 137. Comiso de ganancias

Propuesta de Arturo Ibáñez y Alberto Pino, profesores de Derecho Civil:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|---|---|
| <p>Art. 137. <i>Comiso de ganancias.</i> El comiso de activos patrimoniales cuyo valor correspondiere a la cuantía de las ganancias obtenidas a través de la perpetración del delito procederá en todos los casos. Las ganancias obtenidas a través de la perpetración del delito comprenden los frutos y las utilidades que éste hubiere originado, cualquiera sea su naturaleza jurídica. En la determinación del valor de las ganancias no se descontarán los gastos que hubieren sido necesarios para perpetrar el delito y para producir las ganancias. Las ganancias comprenden asimismo las que hubiere obtenido, en los términos señalados por los incisos precedentes, cualquier persona ajena al delito siempre que el hechor hubiere actuado u omitido en su beneficio. Si una misma cosa pudiere ser objeto de comiso conforme a este precepto y a los artículos 133, 134 y 135 solo se aplicará lo dispuesto en este artículo. Las ganancias comprenden asimismo las que hubiere obtenido, en los términos señalados por los incisos precedentes, cualquier persona ajena al delito siempre que el hechor hubiere actuado u omitido en su beneficio.</p> | <p>Art. 137. <i>Comiso de ganancias.</i> El comiso de activos patrimoniales cuyo valor correspondiere a la cuantía de las ganancias obtenidas a través de la perpetración del delito procederá en todos los casos. Las ganancias obtenidas a través de la perpetración del delito comprenden los frutos y las utilidades que éste hubiere originado, <i>ya sea a título gratuito u oneroso.</i> En la determinación del valor de las ganancias no se descontarán los gastos que hubieren sido necesarios para perpetrar el delito y para producir las ganancias. Las ganancias comprenden asimismo las que hubiere obtenido, en los términos señalados por los incisos precedentes, cualquier persona ajena al delito siempre que el hechor hubiere actuado u omitido en su beneficio. Si una misma cosa pudiere ser objeto de comiso conforme a este precepto y a los artículos 133, 134 y 135 solo se aplicará lo dispuesto en este artículo. Las ganancias comprenden asimismo las que hubiere obtenido, en los términos señalados por los incisos precedentes, cualquier persona ajena al delito siempre que el hechor hubiere actuado u omitido en su beneficio.</p> |

| | |
|--|--|
| Si una misma cosa pudiere ser objeto de comiso conforme a este precepto y a los artículos 133, 134 y 135 solo se aplicará lo dispuesto en este artículo. | Si una misma cosa pudiere ser objeto de comiso conforme a este precepto y a los artículos 133, 134 y 135 solo se aplicará lo dispuesto en este artículo. |
|--|--|

Justificación. La norma hace referencia a los frutos y utilidades, “*cualquiera sea su naturaleza jurídica*”. El contenido de esta última frase no resulta claro. Por ello resulta pertinente delimitar alcance de la disposición aclarando que la obtención de ganancias puede ser *a título gratuito u oneroso*.

Art. 140. *Ganancias distribuidas a terceros de buena fe.*

Propuesta de Arturo Ibáñez y Alberto Pino, profesores de Derecho Civil:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|---|--|
| Art. 140. <i>Ganancias distribuidas a terceros de buena fe.</i> No podrá imponerse el comiso respecto de las ganancias obtenidas por o para una persona jurídica y que hubieren sido distribuidas entre sus socios, accionistas o beneficiarios que no hubieren tenido conocimiento de su procedencia ilícita al momento de su adquisición. En tal caso la ganancia distribuida podrá considerarse para la determinación de la pena de multa que correspondiere imponer. | Art. 140. <i>Ganancias distribuidas <u>por personas jurídicas</u>.</i> No podrá imponerse el comiso respecto de las ganancias obtenidas por o para una persona jurídica y que hubieren sido distribuidas entre sus socios, accionistas o beneficiarios que no hubieren tenido conocimiento de su procedencia ilícita al momento de su adquisición. En tal caso la ganancia distribuida podrá considerarse para la determinación de la pena de multa que correspondiere imponer. |

Justificación. El título de la norma es “*Ganancias distribuidas a terceros de buena fe*”. Sin embargo, la disposición solo es aplicable a ganancias que hayan sido distribuidas a socios, accionistas o beneficiarios de una persona jurídica. Por ello, se sugiere modificar el título del artículo para acotarlo en cuanto al caso que realmente se regula.

Art. 181. *Suspensión de la prescripción de la acción penal*

Propuesta de Mauricio Reyes, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|---|---|
| Art. 181. <i>Suspensión de la prescripción de la acción penal.</i> La prescripción de la acción penal se suspenderá desde que se practicare la primera diligencia o gestión, fuere de investigación, de carácter cautelar o de otra índole, por la cual se atribuyere | Art. 181. <i>Suspensión de la prescripción de la acción penal.</i> La prescripción de la acción penal se suspenderá desde que se <u>formalizare la investigación en contra del sujeto a quien</u> se atribuyere responsabilidad por el respectivo delito. |

| | |
|---|--|
| <p>responsabilidad al sujeto por el respectivo delito.</p> <p>Para los efectos de lo dispuesto en el inciso precedente la diligencia o gestión puede ser practicada por cualquiera tribunal que ejerza jurisdicción en lo penal, el Ministerio Público o la policía, o bien ante cualquiera de tales órganos.</p> | |
|---|--|

Justificación. La suspensión de la prescripción de la acción penal debiera ser un hecho conocido por quien sea imputado por un delito, lo que se logra con plena certeza en el momento de su formalización. La suspensión de la acción penal a partir de dicho momento es una regla que contribuye a disminuir al máximo la incertidumbre de la persona imputada, poniendo de cargo de los órganos encargados de la persecución penal el deber de llevarla a cabo con celeridad y eficiencia. La regla propuesta por el anteproyecto incentivaría, en cambio, una actuación menos expedita, pronta y eficiente por parte de dichos órganos, lo que disminuiría la seguridad jurídica de los imputados. De tal modo, me parece que debiera conservarse la regla del art. 233 letra a) del Código Procesal Penal y no innovarse a este respecto. Con todo, en caso de que se decida adoptar la regla contemplada por el Anteproyecto, será indispensable modificar además la contenida en el antecitado art. 233 letra a) del Código Procesal Penal.

Por ello se propone la substitución del texto del artículo, estableciendo como regla de suspensión de la prescripción de la acción penal aquella que actualmente contempla el art. 233 letra a) del Código Procesal Penal.

Comentarios adicionales

Comentarios de Sebastián Figueroa, Profesor de Teoría del Derecho:

En relación con el Art. 4, inc. 1º. Lugar de perpetración del delito. Si bien en el artículo 11 inciso segundo se define la omisión de manera suficientemente clara como para delimitar los supuestos en que se incurre en ella, es posible imaginar casos en que se habría podido ejecutar el acto omitido en territorios de varios países. En dichos casos, de existir la misma norma en esos países podría plantearse la pregunta ¿Es punible la omisión en todos esos países? Por ejemplo, un atentado terrorista que depende de la posibilidad de controlar un dispositivo explosivo a grandes distancias podría configurar una omisión punible. Este sería el caso de que una persona que puede evitar una explosión en Alemania de una bomba instalada por otras personas desde su teléfono móvil y que viaja por diversos países de América (entre los cuales se encuentra Chile) durante el período en que podía evitar dicha explosión.

En relación con el Art. 6. Inmunidades. Este artículo no reconoce explícitamente la posibilidad de establecer inmunidades por medio de leyes chilenas especiales. ¿Hay una razón especial para ello?

En relación con el Art. 8, inc. 6°. *Aplicación de la ley penal en el tiempo.* Se expresa: “Las leyes destinadas a tener vigencia por un tiempo determinado serán siempre aplicables a los delitos perpetrados bajo su vigencia a menos que la ley disponga otra cosa.” En este artículo se podría alterar la redacción para decir que este tipo de leyes se aplica más allá de las normas indicadas antes en el mismo artículo. La palabra “siempre” no parece ser suficiente para dar cuenta de la exclusión de las otras reglas (vinculadas, por ejemplo, al principio de favorabilidad).

En relación con el Art. 13. *Graduación de la imprudencia;* y **Art. 14.** *Error sobre las circunstancias del hecho.* Se utilizan la expresión “*circunstancia(s)*” con sentidos distintos. En el primero de los artículos se hace referencia al contexto en el que se realiza una acción u omisión, en el segundo caso se hace referencia a las propiedades de un caso general que forma parte del contenido de una norma. Considerando los efectos que tienen dichas referencias a las circunstancias para la identificación de un delito o su exclusión, sería recomendable cambiar la redacción y evitar que la expresión se repita.

En relación con el Art. 17, inc. 1°. *Ausencia de responsabilidad por perturbación psíquica.* La expresión “*perturbación psíquica*” es vaga y puede constituirse de muchas diversas formas pudiendo convertirse el artículo en un enunciado sobreinclusivo. Por ejemplo, recibir una mala noticia o ver una escena de violencia puede generar perturbación psíquica en una persona que puede influir en el comportamiento de una persona ¿Es eso suficiente para excluir responsabilidad penal?

En relación con el Art. 19. *Legítima defensa;* **Art. 20.** *Estado de necesidad defensivo* y **Art. 21.** *Estado de necesidad agresivo.* En estos artículos y en otros se incorporan adverbios para calificar ciertas circunstancias que pueden generar problemas interpretativos y, con ello, afectar la seguridad jurídica. Así, por ejemplo, se puede leer “*extremadamente desproporcionado*”, “*estricta necesidad*” y “*considerablemente mayor*”. A diferencia de actual o inminente, la calificación de una relación de proporcionalidad como extrema es difícil de determinar.

En estos casos tal vez sea necesario agregar una norma que permita interpretar este tipo de calificaciones (por ejemplo, utilizando el principio *pro reo*) para así limitar las justificaciones que se pueden dar al interpretar las circunstancias de los casos objeto de juicio.

En relación con el Art. 25. *Obediencia jerárquica.* Se señala al final del artículo “*Lo anterior no será aplicable...*”. Considerando que en el mismo artículo se había hecho referencia a una regla general (que señala circunstancias en que no hay ilícito) y a una excepción que considera dos circunstancias. Al respecto, cuando se habla de “*lo anterior*” cabe preguntarse si hace referencia a todo lo dicho anteriormente (la regla general de que no hay ilícito), solo a las dos circunstancias que conforman la excepción o solo a la última de dichas circunstancias que configuran la excepción. Es recomendable modificar la redacción para clarificar el alcance de dicha expresión.

En relación con el Art. 36. *Intervención como inductor;* y **Art. 37.** *Intervención como cómplice.* Se define al inductor como aquella persona que “*determina a otro a perpetrar el hecho*”. La expresión “*determina*” en este contexto parece ser muy vaga, cabe preguntarse: ¿Qué quiere decir que una persona determine a otra actuar? ¿Cualquier medio que sirva para determinar a

alguien a actuar es suficiente? Son muchas las acciones y medios utilizados que podrían configurar inducción y que podría generar un enunciado sobreinclusivo.

Algo similar puede decirse respecto de la definición de un cómplice como aquel que “*coopera con la perpetración del hecho*” en el artículo 37.

En relación con el Art. 40, No. 5. *Definiciones. Caso menos grave.* Se define al caso menos grave como aquel que “*su modo de perpetración hace de la pena señalada por la ley al delito una sanción desproporcionadamente grave*” (texto levemente alterado).

Ante este texto cabe preguntarse quién determina la proporcionalidad de la pena y lo ocurrido. Si el legislador democrático se propone subir las penas a un delito ¿No debe aplicarse la sanción establecida en la ley que sube las penas?

En relación con el Art. 52. *Trabajo en beneficio de la comunidad.* En este artículo los números se escriben a veces con palabras (por ejemplo, cuando señala “*ochenta*”) y otros con números (por ejemplo, cuando señala “*60*”). Se recomienda alterar la redacción del texto para unificar la forma de referirse a números.

Comentarios de Mauricio Reyes, Profesor de Derecho Penal:

En relación con el artículo 10. *Aplicación supletoria del Código Penal.* Se propone agregar al art. 10, después de “*leyes*”, la expresión “*penales o que contengan prohibiciones penales*”. Esta modificación tiene por propósito práctico evitar toda construcción jurisprudencial que busque aplicar las reglas del Libro Primero del Código Penal a leyes administrativas que establezcan sanciones extra-penales. Una interpretación como esa sería sumamente inconveniente para el ejercicio de las potestades sancionadoras de los organismos de la Administración del Estado, ya que el derecho penal impone una serie de constreñimientos normativos, derivados de los principios legitimantes del ejercicio del ius puniendi, enteramente inadecuados en materia administrativa.

En relación con el artículo 12. *Dolo e imprudencia.* Se propone evitar que la jurisprudencia acuda al artículo 44 del Código Civil para definir el término dolo. Existe un considerable consenso en la dogmática penal en torno al contenido mínimo del dolo, esto es, el conocimiento de la realización de los elementos del tipo objetivo, a lo que la mayor parte de los autores agregan la voluntad de realizarlos (elemento volitivo del dolo). Abrir la puerta a la jurisprudencia para que altere ese concepto, amparándose en el principio interpretativo contenido en el artículo 20 del Código Civil (definición legal expresa de ciertas palabras), generaría consecuencias sistemáticas evidentemente indeseadas, que sería aconsejable evitar, adoptando desde luego una definición específicamente penal de dolo, que recoja el contenido mínimo atribuido a dicha categoría por la inmensa mayoría de la dogmática penal.

Por ello se propone incorporar el siguiente inciso segundo “*Una acción u omisión es dolosa, si quien la lleva a cabo la ha conocido y ha tenido el propósito de realizarla o al menos la ha previsto como segura o probable y ha aceptado sus consecuencias, pese a no haberla tenido como propósito al tiempo de su realización*”.

La definición propuesta captura los elementos básicos tanto del dolo de propósito (dolo directo de primer grado) como del dolo de las consecuencias necesarias (dolo directo de segundo grado) y del dolo eventual.

En relación con los artículos 20, 21 y 22: Se sugiere optimizar la comprensión del precepto por quienes puedan considerar extraño o ajeno el uso del verbo “salvaguardar”. Además, tratándose de la regulación del estado de necesidad agresivo, se propone aclarar que el mal evitado no debe provenir del afectado por la salvaguardia/acción protectora.

Comentarios de Verónica Undurraga, Profesora de Derecho Constitucional:

En relación con el Art. 114. Plan individual de cumplimiento de la pena de libertad restringida. Se sugiere reformular la expresión “*en forma previa*” contenida en el inciso segundo en tanto es poco clara, no entiéndase a qué momento se refiere (¿En forma previa a qué? ¿al cumplimiento del plazo de 45 días? ¿a la fecha en que la sentencia quedare ejecutoriada?).

Comentarios de Arturo Ibáñez y Alberto Pino, profesores de Derecho Civil:

En relación con el Art. 133, inc. 3º. Comiso de instrumentos delictivos. ¿Qué quiere decir “*siempre que el hechor hubiere actuado u omitido en su beneficio*”? ¿Que debe existir una relación de causalidad directa entre los beneficios obtenidos y el hecho ilícito?

En relación con el Art. 133, inc. 4º. La norma hace referencia al “*tercero de buena fe y que tuviere título para poseer la cosa*”. La pregunta es que no queda claro si la buena fe se refiere a la posesión de buena fe, esto es, a su calidad de poseedor como adquirente, o más bien al desconocimiento en concreto de que el instrumento haya sido utilizado para cometer un hecho delictivo.

En relación con el Art. 133, inc. 5º. Se señala que el tercero de buena fe tendrá a derecho a solicitar indemnización, pero no queda claro en contra de quién debiera solicitar la indemnización. ¿Se trata del autor del hecho delictivo?

En relación con el Art. 134, inc. 2º. Comiso de otros instrumentos. La norma hace referencia al “*tercero de buena fe*”. La pregunta es que no queda claro si la buena fe se refiere a la posesión de buena fe, esto es, a su calidad de poseedor como adquirente, o más bien al desconocimiento en concreto de que el instrumento haya sido utilizado para cometer un hecho delictivo.

En relación con el Art. 135, inc. 3º. Comiso de los efectos del hecho. La norma hace referencia al “*tercero de buena fe*”. La pregunta es que no queda claro si la buena fe se refiere a la posesión de buena fe, esto es, a su calidad de poseedor como adquirente, o más bien al desconocimiento en concreto de que los efectos provengan de un hecho delictivo.

Segunda sección: Parte Especial

Art. 213. Femicidio y homicidio por odio

Propuesta de Verónica Undurraga, Profesora de Derecho Constitucional:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|---|---|
| <p>Art. 213. <i>Femicidio y homicidio por odio</i>. No tendrá aplicación lo dispuesto el artículo 212 cuando el homicidio se perpetrare:</p> <p>1° por un varón respecto a una mujer que sea o haya sido su cónyuge, conviviente o pareja cuando el homicidio se haya perpetrado con razón de esa relación;</p> <p>2° por rechazo o desvalorización del género, la orientación o identidad sexual, la apariencia o condición física o mental, la religión o ideología, la nacionalidad o el origen étnico de la persona afectada.</p> | <p>Art. 213. <i>Femicidio y homicidio por odio</i>. No tendrá aplicación lo dispuesto el artículo 212 cuando el homicidio se perpetrare:</p> <p>1° por un varón respecto a una mujer que sea o haya sido su cónyuge, conviviente o pareja, <u>no importando en este último caso la existencia de convivencia o la duración de la relación</u>, cuando el homicidio se haya perpetrado <u>en</u> razón de esa relación, <u>entendiéndose por ésto, que el homicidio no se explique sin la existencia de ella</u>.</p> <p>2° por rechazo o desvalorización del género, la orientación <u>sexual, la</u> identidad sexual <u>o identidad de género</u>, la apariencia o condición física o mental, la religión o ideología, la nacionalidad, <u>la raza</u> o el origen étnico de la persona afectada.</p> |

Justificación modificación del artículo 213 del Anteproyecto: El párrafo 1 del título I del libro segundo se titula “El homicidio”. Pero también se titula “El homicidio” el tipo penal específico del artículo 212, que establece penas menores (5 a 12 años de prisión) que el asesinato tipificado en el artículo 211 que se ubica en el mismo párrafo (10 a 20 años de prisión).

En este contexto, la frase aplicable al femicidio y homicidio por odio “*no tendrá aplicación lo dispuesto en el artículo 212*”, debe entenderse en el sentido que los tipos del artículo 213 son siempre asesinato y, por lo tanto, con pena asignada más alta. Sin embargo, esta interpretación podría ser controvertida, utilizando un criterio favorable al imputado, arguyéndose que el artículo 213 dice “*cuando el homicidio se perpetrare*” y que homicidio debe entenderse referido a la figura con menos pena. Se propone cambiar la redacción para dejar explícito que el femicidio y el homicidio por odio se consideran asesinato. Esto es especialmente relevante por la regulación diferenciada que se da a las agravantes en el artículo 214.

También es muy importante que en la redacción quede claro que las agravantes del artículo 214 también pueden aplicarse al femicidio, para evitar que se falle que las circunstancias consideradas para las agravantes están ya incluidas en el tipo de femicidio (esto ya ha pasado en la jurisprudencia, no es una hipótesis teórica).

En específico, respecto del N°1 del art. 213 CP hay experiencias comparadas sobre discusiones que generan el término “*pareja*” y los requisitos que se deben exigir para comprobar la existencia de una pareja. Considerando la fluidez de las relaciones afectivas actuales, es

importante explicitar que para ser pareja no es necesario comprobar ni la duración de la relación, ni la convivencia (no basta la interpretación *a contrario sensu* que podría hacerse a partir de que se incluyó a la pareja además de la conviviente). Asimismo, la expresión “*con razón de esa relación*” no se entiende y es muy difícil de aplicar. Es necesario modificarla.

Respecto del N° 2: La identidad sexual no es necesariamente equivalente a identidad de género. La identidad sexual hace referencia a características sexuales (ya sean al sexo genético o cromosómico, al sexo gonadal, al sexo morfológico interno o externo o al sexo hormonal). Una persona que se identifica con su sexo biológico –es decir lo acepta y no quiere cambiarlo– puede no identificarse con el género (femenino o masculino) asignado o puede no identificarse con ningún género (persona de género no binario). Creo que es importante incluir la identidad de género porque es una de las categorías sospechosas bajo la ley 20.609 (ley antidiscriminación). Si lo que quisieron los redactores es referirse a las personas trans, era preferible usar identidad de género en lugar de identidad sexual. Este comentario también es aplicable a los artículos 231, 260, 269 y 295, en que también se omite hacer mención a la identidad de género.

Se propone incorporar el adjetivo “*sexual*” a continuación del sustantivo “*orientación*” para asegurar que se entendiera que se trata de la categoría sospechosa a la que alude la ley 20.609.

Se propone agregar el concepto “*raza*” porque no es sinónimo de origen étnico (que atiende más a aspectos culturales que biológicos). Si bien raza es una categoría que se problematiza a nivel de las ciencias, en derecho todavía se usa en las leyes antidiscriminación (como la nuestra) y en tratados internacionales. Además, en los artículos 231, 260, 269 y 295 referidos a agravantes, sí se incluye el término raza junto con origen étnico y no hay ninguna razón para que haya un trato diferenciado en este artículo.

Art. 214. Agravantes

Propuesta de Mauricio Reyes, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|---|---|
| <p>Art. 214. <i>Agravantes</i>. Se tendrá por concurrente una agravante concerniente al hecho cuando el asesinato fuere perpetrado:</p> <p>1° con alevosía;</p> <p>2° con extrema crueldad para con la víctima;</p> <p>3° usando medios idóneos para poner en peligro a terceros;</p> <p>4° para encubrir la perpetración de otro delito;</p> <p>5° por o contra un funcionario público con ocasión del ejercicio de sus funciones o en razón de su cargo.</p> <p>Se tendrá por concurrente una agravante concerniente a la persona cuando el</p> | <p>Art. 214. <i>Agravantes</i>. Se tendrá por concurrente una agravante concerniente al hecho cuando el asesinato fuere perpetrado:</p> <p>1° con alevosía;</p> <p>2° con extrema crueldad para con la víctima;</p> <p>3° usando medios idóneos para poner en peligro a terceros;</p> <p>4° para encubrir la perpetración de otro delito;</p> <p>5° por o contra un funcionario público con ocasión del ejercicio de sus funciones o en razón de su cargo.</p> <p>Se tendrá por concurrente una agravante concerniente a la persona cuando el</p> |

| | |
|---|---|
| asesinato fuere perpetrado por codicia, placer o algún otro motivo reprochable. | asesinato fuere perpetrado por codicia, placer o algún otro motivo <i>especialmente</i> reprochable. |
|---|---|

Justificación. Sería apropiado aclarar que el móvil agravatorio del asesinato debe ser “*especialmente*” reprochable. Ello, puesto a cualquier asesinato antijurídico generalmente subyace una motivación jurídicamente reprochable. El fundamento de la penalidad agravada debe encontrarse en la realización del hecho motivado por móviles que sean especialmente bajos o abyectos, que involucren una especial falta de respeto por la vida de las personas, equivalentes en ello a la crueldad, la codicia o la búsqueda del placer. Por ello, se propone la incorporación de la palabra “*especialmente*” antes de la palabra “*reprochable*”.

Art. 216. Omisión consentida del impedimento de la muerte de otro

Propuesta de Verónica Undurruga, Profesora de Derecho Constitucional:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|---|---|
| Art. 216. <i>Omisión consentida del impedimento de la muerte de otro.</i> Lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 11 no será aplicable cuando la omisión de impedir la muerte de otro no fuere ilícita según el artículo 18. | Art. 216. <i>Omisión consentida del impedimento de la muerte de otro.</i> <u><i>La omisión de impedir la muerte de otro no constituye delito aunque cumpla con los requisitos del artículo 11, cuando cuenta con el consentimiento del afectado o sea presumible que éste lo hubiera otorgado, de acuerdo a los términos del artículo 18.</i></u> |

Justificación. Redacción hace difícil la comprensión del texto. Por ello, se propone tipificación alternativa.

Art. 223. Tratamiento terapéutico no consentido

Propuesta del Profesor Mauricio Reyes, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|--|--|
| Art. 223. <i>Tratamiento terapéutico no consentido.</i> No obstará a la aplicación de lo dispuesto en cualquier artículo de este párrafo o del párrafo 1 la circunstancia de perpetrarse el hecho por un profesional de la salud obrando según el conocimiento y experiencia de su profesión si actuare sin el | Art. 223. <i>Tratamiento terapéutico no consentido.</i> <u><i>El profesional de la salud que lleve a cabo un tratamiento terapéutico obrando según el conocimiento y experiencia de su profesión, cometerá delito de maltrato corporal,</i></u> si actuare sin el consentimiento expreso o presunto de la persona por él atendida. |

| | |
|---|--|
| <p>consentimiento expreso o presunto de la persona por él atendida. Sin perjuicio de las demás responsabilidades que establezca la ley, lo dispuesto en el inciso precedente no será aplicable en los casos en que pudiere presumirse fundadamente que de haber cumplido el profesional su deber de informar al paciente éste habría consentido el tratamiento.</p> | <p><u>En ese mismo caso, si su tratamiento causa alguno de los resultados contemplados en el artículo 220 o la muerte del paciente, cometerá además el delito de lesiones corporales, el delito de homicidio correspondiente, o ambos, según sea el caso.</u> <u>Al concurso de dos o más de los delitos señalados en el presente artículo se le aplicarán las reglas generales.</u></p> |
|---|--|

Justificación. Esta modificación busca explicitar la regla contenida en el art. 233, de modo que sea más fácilmente comprensible por los profesionales de la salud, que son los destinatarios de la misma.

Art. 225. Atentado contra la seguridad en el trabajo

Propuesta de Sergio Gamonal y Caterina Guidi, profesores de Derecho del Trabajo:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|---|---|
| <p>Art. 225. <i>Atentado contra la seguridad en el trabajo.</i> El empleador que con infracción de sus deberes legales o reglamentarios en materia de prevención de riesgos laborales sometiere a los trabajadores a condiciones de trabajo idóneas para afectar su salud será castigado con reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa.</p> | <p>Art. 225. <i>Atentado contra la seguridad en el trabajo.</i> El empleador que con infracción de sus deberes legales o reglamentarios en materia de prevención de riesgos laborales sometiere a los trabajadores a condiciones de trabajo idóneas para afectar su vida y salud será castigado con reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa.</p> |

Justificación. Se propone agregar la expresión “*vida*”, para que esta disposición legal se encuentre en consonancia con el artículo 184 del Código del Trabajo, del siguiente tenor: “*el empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores*”.

Por su parte, esta expresión clarificaría el ámbito de aplicación de esta norma, porque no cabría duda alguna de que incluiría los accidentes del trabajo, además de las enfermedades profesionales, en relación a lo dispuesto en la ley N° 16.744 de 1968.

Art. 231. Agravantes

Propuesta de Mauricio Reyes, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|---|--|
| <p>Art. 231. <i>Agravantes.</i> Tratándose de los delitos previstos en los artículos 228, 229 y en el número 2° del 230 se tendrá por concurrente una agravante calificada o muy calificada concerniente al hecho cuando fuere perpetrado:</p> <p>1° con extrema crueldad para con la mujer afectada;</p> <p>2° de un modo que expresare rechazo o desvalorización del género femenino, de la orientación o identidad sexual de la mujer, de su apariencia o condición física o mental, de su religión o ideología, de su nacionalidad, de su raza o de su origen étnico.</p> | <p>Art. 231. <i>Agravantes.</i> Tratándose de los delitos previstos en los artículos 228, 229 y en el número 2° del 230 se tendrá por concurrente una agravante calificada o muy calificada concerniente al hecho cuando fuere perpetrado:</p> <p>1° con extrema crueldad para con la mujer afectada;</p> <p>2° de un modo que expresare rechazo o desvalorización del género femenino, de la orientación o identidad sexual de la mujer, de su apariencia o condición física o mental, de su religión o ideología, de su nacionalidad, de su raza o de su origen étnico.</p> <p><u>3° bajo condiciones sanitarias idóneas para generar un peligro para la salud de la mujer afectada, sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponda al hechor por alguno de los delitos contemplados en los párrafos primero y segundo del presente título.</u></p> <p><u>4° empleando procedimientos quirúrgicos, o suministrando o administrando sustancias, con inobservancia del conocimiento y las reglas de la experiencia generalmente aplicadas por la profesión médica en la práctica de abortos lícitos.</u></p> |

Justificación. La propuesta aquí indicada tiene como propósito desincentivar la práctica de abortos clandestinos bajo condiciones sanitarias deplorables o que no siguen los procedimientos abortivos indicados por la ciencia médica, generando con ello un peligro para la salud de las mujeres afectadas. Es bien sabido que uno de los peligros más graves a los que se enfrentan las mujeres que abortan, sobre todo las de menores recursos económicos, radica en su explotación por prestadores clandestinos de servicios abortivos, que no ajustan su práctica ni a los más mínimos estándares médicos y sanitarios. Además de proponerse desincentivar dichos abortos, la modificación sugerida pretende reflejar en una mayor penalidad un reproche penal más intenso, del que son claramente merecedores quienes realizan abortos bajo tales condiciones o empleando dichos procedimientos o sustancias.

Si bien esta agravante ya está incorporada en el art. 238, considero que contemplarla expresamente en el art. 231 es preferible, ya que facilita su comprensión por los destinatarios de la conminación penal y refuerza la voluntad legislativa de reprimir especialmente esa clase de abortos.

Art. 232. Aborto consentido por la mujer embarazada

Propuesta de Mauricio Reyes, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|--|--|
| <p>Art. 232. <i>Aborto consentido por la mujer embarazada.</i> El que fuera de los casos en que la ley lo autoriza interrumpiere un embarazo con el consentimiento de la mujer embarazada causando la muerte del embrión o feto será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 2 años.</p> <p>Cuando la mujer se hubiere encontrado en situación de necesidad el tribunal podrá eximirla de pena o estimar concurrente una circunstancia atenuante muy calificada.</p> | <p>Art. 232. <i>Aborto consentido por la mujer embarazada.</i> El que fuera de los casos en que la ley lo autoriza interrumpiere un embarazo con el consentimiento de la mujer embarazada causando la muerte del embrión o feto será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 2 años.</p> <p><u><i>La mujer embarazada que interrumpa su propio embarazo causando la muerte del embrión o feto, o bien consienta o solicite a otro que realice a su respecto el hecho descrito en el inciso precedente, será sancionada con libertad restringida o trabajos en beneficio de la comunidad.</i></u></p> <p>Cuando la mujer se hubiere encontrado en situación de necesidad el tribunal podrá eximirla de pena o estimar concurrente una circunstancia atenuante muy calificada.</p> |

Justificación. De la actual redacción de la disposición no se desprende con entera claridad la punibilidad de la mujer que consiente en que se le practique un aborto. Que no ha sido el propósito de los redactores del Anteproyecto excluirla de reproche penal, queda de manifiesto a la luz del inciso segundo del artículo en comento. Para que no haya lugar a dudas, propongo la tipificación del aborto de la mujer embarazada en un nuevo inciso segundo.

Además, se propone una pena más benigna para la mujer embarazada, considerando que el aborto consentido por esta es un hecho moral y políticamente discutible y polémico, y que, de todos modos, las mujeres que abortan normalmente lo hacen en condiciones tales que no se les puede formular un reproche subjetivo equivalente al correspondiente al tercero que practica el aborto, aun en caso de que no se encuentren en una *situación de necesidad* en el sentido del inciso final del artículo aquí observado.

Art. 243. Sustracción de persona menor de edad

Propuesta de Susana Espada, Profesora de Derecho Civil:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|--------------------|---------------------------|
|--------------------|---------------------------|

| | |
|--|--|
| <p>Art. 243. <i>Sustracción de persona menor de edad.</i> El que sustrajere a una persona menor de doce años del cuidado que correspondiere al encargado de su custodia o la mantuviere fuera de su cuidado, será sancionado con prisión de 2 a 5 años.</p> <p>La pena señalada en el inciso primero se impondrá también al que, comprometiendo gravemente el interés de la persona afectada:</p> <p>1° sustrajere a una persona menor de doce años del grupo social que le brindare protección, aun cuando aquélla no se encontrare bajo el cuidado de otro;</p> <p>2° sustrajere a una persona incapaz de comprender su situación a causa de una anomalía o perturbación mental del cuidado que correspondiere a otro o la mantuviere fuera de su cuidado.</p> | <p>Art. 243. <i>Sustracción de persona menor de edad.</i> El que sustrajere a una persona menor de <u>edad</u> de la <u>crianza</u> que correspondiere al encargado de su <u>cuidado personal</u> o la mantuviere fuera de su cuidado, será sancionado con prisión de 2 a 5 años.</p> <p>La pena señalada en el inciso primero se impondrá también al que, comprometiendo gravemente el interés <u>superior del menor</u>:</p> <p>1° sustrajere a una persona menor de <u>edad</u> de <u>la comunidad de vida</u> que le brindare protección, aun cuando aquélla <u>no tuviera atribuido su cuidado personal</u>;</p> <p>2° sustrajere a una persona <u>que por su discapacidad intelectual no tuviera autonomía de la voluntad ni libertad para tomar sus propias decisiones</u> del cuidado que correspondiere a otro o la mantuviera fuera de su cuidado.</p> |
|--|--|

Justificación. Se propone la adaptación de los preceptos del Código Penal para que resulten coherentes con la Ley 20.680 que modificó el Código civil y otros cuerpos legales con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. Se propone adaptar ciertos preceptos teniendo presente la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ambos ratificados por Chile.

Por lo anterior, se propone modificar los términos de “*custodia*” por “*cuidado personal*”, ya que tras la Ley 20.680 dicho término es el que corresponde al progenitor que tiene reconocido el cuidado personal del menor en el hogar familiar.

De igual forma se propone la inclusión del término “*interés superior del menor*”, pues tras la citada Ley 20.680 queda consolidado como principio rector en la toma de decisiones relevantes para la vida del menor.

Asimismo, se propone reflexionar el motivo por el cual quien tiene el cuidado personal es el único sujeto al que es susceptible de serle “*sustraído*” en términos penales el menor y no puede dicho sujeto también ser quien sustraiga el menor a la persona que ejerza su derecho a una relación directa y regular en el momento en que lo esté ejerciendo.

Se propone reflexionar sobre el empleo del término “*grupo social que brinde protección*”, pues si bien se entiende que se trata de comunidades de vida que brindan protección a los menores de forma análoga a las familias, pero sin serlo desde una concepción tradicional, el término “*grupo social*” parece demasiado ambiguo para estos efectos. Se propone sustituir por “*comunidad de vida*”.

Teniendo presente la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se proponen modificaciones conceptuales que tienen presente que esta sustracción

no procede sólo por realizarse a alguien que tenga una “*anomalía o perturbación mental*”, sino que tiene en cuenta que dicha discapacidad intelectual afecta a su autonomía de la voluntad y a su capacidad cognitiva. De igual forma habría que determinar si el tipo sólo se puede cometer contra quien tiene atribuida la guarda del discapacitado y por lo tanto implica una necesaria declaración de interdicción por demencia o si el delito se comete con independencia de la interdicción, si se sustrae al discapacitado a la persona que ejerza de facto su cuidado.

Art. 244. *Privación de libertad y sustracción de menores o incapaces calificadas*

Propuesta de Susana Espada, Profesora de Derecho Civil:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|---|--|
| <p>Art. 244. <i>Privación de libertad y sustracción de menores o incapaces calificadas</i>. Será sancionado con prisión de 5 a 10 años el que perpetrare el hecho previsto en el artículo 241 o 243:</p> <p>1° imponiendo alguna condición a un tercero a cambio de la liberación de la persona afectada o bajo amenaza de causarle daño o si en caso de ser dos o más las personas afectadas se impusiere condiciones a una de ellas a cambio de liberar a otra o bajo amenaza de causarle daño;</p> <p>2° para posibilitar o favorecer la perpetración de alguno de los delitos previstos en el párrafo 4 de este título.</p> | <p>Art. 244. <i>Privación de libertad y sustracción de menores o incapaces calificadas</i>. Será sancionado con prisión de 5 a 10 años el que perpetrare el hecho previsto en el artículo 241 o 243:</p> <p>1° imponiendo alguna condición a un tercero a cambio de la liberación de la persona afectada o bajo amenaza de causarle daño o si en caso de ser dos o más las personas afectadas se impusiere condiciones a una de ellas a cambio de liberar a otra o bajo amenaza de causarle daño;</p> <p>2° para posibilitar o favorecer la perpetración de alguno de los delitos previstos en el párrafo 4 de este título.</p> |

Justificación. Se propone suprimir el adjetivo “*calificadas*” del título del precepto 244 CP.

Art. 246. *Sustracción de persona menor de edad perpetrada por pariente*

Propuesta de Susana Espada, Profesora de Derecho Civil:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|---|---|
| <p>Art. 246. <i>Sustracción de persona menor de edad perpetrada por pariente</i>. El ascendiente o hermano de la persona menor de doce años que la sustrajere del cuidado que correspondiere al encargado de su custodia o la mantuviere fuera de su cuidado sin comprometer gravemente su interés será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 2 años.</p> | <p>Art. 246. <i>Sustracción de persona menor de edad perpetrada por pariente</i>. El ascendiente o hermano de la persona menor de edad que la sustrajere de la crianza que correspondiere al encargado de su cuidado personal o la mantuviere fuera de su cuidado sin comprometer gravemente el interés superior del menor será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 2 años.</p> |

Justificación. Se propone la adaptación de los preceptos del Código Penal para que resulten coherentes con la Ley 20.680 que modificó el Código civil y otros cuerpos legales con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. Se propone adaptar ciertos preceptos teniendo presente la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ambos ratificados por Chile.

Por lo anterior, se propone modificar los términos de “*custodia*” por “*cuidado personal*”, ya que tras la Ley 20.680 dicho término es el que corresponde al progenitor que tiene reconocido el cuidado personal del menor en el hogar familiar.

Se propone reflexionar el motivo por el cual quien tiene el cuidado personal es el único sujeto al que es susceptible de serle “*sustraído*” en términos penales el menor y no puede dicho sujeto también ser quien sustraiga el menor a la persona que ejerza su derecho a una relación directa y regular en el momento en que lo esté ejerciendo.

De igual forma se propone la inclusión del término “*interés superior del menor*”, pues tras la citada Ley 20.680 queda consolidado como principio rector en la toma de decisiones relevantes para la vida del menor.

Artículos 261 a 270. *Delitos contra la libertad sexual*

Propuesta de Felipe de la Fuente, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|--|--|
| <p>Art. 261. <i>Agresión sexual.</i> El que mediante violencia o amenaza grave constriñere a otro a tolerar la realización de una acción sexual sobre su cuerpo o a realizar una acción sexual con su cuerpo será sancionado con prisión de 1 a 5 años.</p> <p>La pena será prisión de 3 a 7 años cuando la acción sexual que se constriñere a tolerar fuere la penetración no genital del ano o la vagina de la persona afectada.</p> | <p>Art. 261. <i>Agresión sexual.</i> El que mediante violencia o amenaza grave <u>realizare</u> una acción sexual sobre <u>el cuerpo de otra persona o la obligare</u> a realizar una acción sexual con su cuerpo, será sancionado con prisión de 1 a 5 años.</p> <p><u>Cuando la acción realizada sobre el cuerpo de la víctima consista en la penetración no genital de su ano o vagina</u>, la pena será prisión de 3 a 7 años.</p> |
| <p>Art. 262. <i>Violación mediante agresión.</i> La pena será prisión de 5 a 10 años cuando la acción sexual que se constriñere a tolerar mediante violencia o amenaza grave fuere la penetración genital de la boca, el ano o la vagina de la persona afectada.</p> | <p>Art. 262. <i>Violación calificada.</i> <u>Cuando la acción realizada mediante violencia o amenaza grave sobre el cuerpo de la víctima consista en la penetración genital de su boca, ano o vagina</u>, la pena será prisión de 5 a 10 años.</p> |
| <p>Art. 263. <i>Abuso sexual.</i> Será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años el que realizare una acción sexual sobre el cuerpo de otro le compeliere a tolerar la realización de</p> | <p>Art. 263. <i>Abuso sexual.</i> Será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años el que <u>realice</u> una acción sexual sobre el cuerpo de otro o <u>lo</u></p> |

| | |
|---|---|
| <p>una acción sexual sobre su cuerpo o a realizarla con él en cualquiera de los siguientes casos:</p> <p>1° abusando de la enajenación o trastorno mental de la persona afectada;</p> <p>2° aprovechándose de la privación de sentido de la persona afectada;</p> <p>3° aprovechándose de la grave dificultad de la persona afectada para resistir.</p> <p>La pena será prisión de 1 a 5 años cuando la acción que se compeliere a tolerar o se realizare sobre la persona afectada fuere la penetración no genital de su ano o vagina.</p> | <p><u>determine a</u> realizarla con él en cualquiera de los siguientes casos:</p> <p>1° abusando de la enajenación o trastorno mental de la persona afectada;</p> <p>2° aprovechándose de la privación de sentido de la persona afectada;</p> <p>3° aprovechándose de <u>la incapacidad o</u> la grave dificultad de la persona afectada para <u>oponerse</u>;</p> <p><u>4° empleando amenaza punible.</u></p> <p>La pena será prisión de 1 a 5 años cuando la acción que <u>se compeliere a tolerar o</u> se <u>realice</u> sobre <u>ella o se la determine a realizar</u> fuere la penetración no genital del ano o la vagina.</p> |
| <p>Art. 264. <i>Violación mediante abuso.</i> La pena será prisión de 3 a 7 años cuando la acción sexual que se compeliere a tolerar o se realizare sobre la persona afectada fuere la penetración genital de su boca, ano o vagina.</p> | <p>Art. 264. <i>Violación <u>mediante abuso</u>.</i> La pena será prisión de 3 a 7 años cuando la acción sexual que <u>se compeliere a tolerar o</u> se realizare sobre la persona afectada <u>en los casos previstos en el artículo anterior</u> fuere la penetración genital de su boca, ano o vagina.</p> |
| <p>Art. 265. <i>Atentado sexual contra menor de edad.</i> Será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años el que compeliere a un menor de dieciocho años a tolerar la realización de una acción sexual sobre su cuerpo o a realizar una acción sexual con su cuerpo en cualquier de los siguientes casos:</p> <p>1° abusando de una relación de dependencia del menor;</p> <p>2° abusando del desamparo o de la necesidad económica en que se encontrare el menor;</p> | <p>Art. 265. <i>Atentado sexual contra menor de edad.</i> Será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años el que <u>realice una acción sexual sobre el cuerpo de un menor de dieciocho años o lo determine</u> a realizar una acción sexual con su cuerpo en cualquier <u>a</u> de los siguientes casos:</p> <p>1° abusando de una relación de <u>superioridad sobre el</u> menor;</p> <p>2° abusando del desamparo o de la necesidad económica en que se encontrare el menor;</p> <p>3° abusando de la falta de madurez del menor para comprender el significado de la acción u oponerse a su realización;</p> |

| | |
|--|---|
| <p>3° abusando de la falta de madurez del menor para comprender el significado de la acción u oponerse a su realización;</p> <p>4° empleando amenaza punible.</p> <p>La pena será reclusión o prisión de 1 a 5 años cuando la acción sexual que se compeliere al menor a tolerar fuere la penetración no genital de su ano o vagina.</p> | <p><u>4° amedrentando al menor por cualquier medio.</u></p> <p>La pena será reclusión o prisión de 1 a 5 años cuando la acción sexual <u>realizada sobre el cuerpo del menor</u> fuere la penetración no genital de su ano o vagina.</p> |
| <p>Art. 266. <i>Estupro</i>. La pena será prisión de 3 a 7 años cuando la acción sexual que se compeliere al menor de edad a tolerar en los casos del artículo anterior fuere la penetración genital de su boca, ano o vagina.</p> | <p>Art. 266. <i>Estupro</i>. La pena será prisión de 3 a 7 años cuando la acción sexual que se <u>realizare sobre el cuerpo del menor</u> en los casos del artículo anterior fuere la penetración genital de su boca, ano o vagina.</p> |
| <p>Art. 267. <i>Atentado sexual contra menor impúber</i>. El que realizare una acción sexual sobre el cuerpo de un menor de doce años o le hiciere realizar una acción sexual con su cuerpo o tolerarla en él será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años.</p> <p>La sanción será reclusión o prisión de 1 a 5 años si la acción sexual consistiere en la penetración no genital de su ano o vagina.</p> <p>Si la acción sexual que se realizare, hiciere realizar o tolerar consistiere en la penetración genital de su boca, ano o vagina la pena será prisión de 3 a 10 años.</p> | <p>Art. 267. <i>Atentado sexual contra menor impúber</i>. El que realizare una acción sexual sobre el cuerpo de un menor de <u>catorce</u> años o le hiciere realizar una acción sexual con su cuerpo <u>o tolerarla en él</u>, será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años.</p> <p>La sanción será reclusión o prisión de 1 a 5 años si la acción sexual consistiere en la penetración no genital de su ano o vagina.</p> <p>Si la acción sexual <u>que se realizare, hiciere realizar o tolerar</u> consistiere en la penetración genital de su boca, ano o vagina la pena será prisión de 3 a 10 años.</p> |
| <p>Art. 269. <i>Agravantes</i>. Tratándose de cualquiera de los delitos previstos en el presente Título se tendrá por concurrente una agravante calificada o muy calificada concerniente al hecho cuando fuere perpetrado:</p> <p>1° poniendo en peligro a la persona afectada;</p> <p>2° con extrema crueldad para con ella;</p> <p>3° de un modo que expresare rechazo o desvalorización de su género, de su</p> | <p>Art. 269. <i>Agravantes</i>. Tratándose de cualquiera de los delitos previstos en el presente título se tendrá por concurrente una agravante calificada o muy calificada <u>cuando el hecho fuere perpetrado:</u></p> <p>1° poniendo en peligro a la persona afectada;</p> <p>2° con extrema crueldad para con ella;</p> <p>3° de un modo que expresare rechazo o desvalorización de su género, de su orientación o identidad sexual, de su</p> |

| | |
|---|---|
| <p>orientación o identidad sexual, de su apariencia o condición física o mental, de su religión o ideología, de su nacionalidad, de su raza o de su origen étnico.</p> <p>Se tendrá por concurrente una agravante calificada concerniente al hecho cuando éste fuere perpetrado con abuso por el interviniente de su calidad de funcionario público, ministro de un culto religioso, guardador, maestro, orientador, terapeuta o encargado por cualquier título de la educación, guarda, curación o cuidado de la persona afectada.</p> | <p>apariencia o condición física o mental, de su religión o ideología, de su nacionalidad, de su raza o de su origen étnico.</p> <p><i><u>Será también agravante en los casos previstos en los artículos 261 y 262, la circunstancia de ser la víctima un menor de catorce años.</u></i></p> <p>Se tendrá por concurrente una agravante calificada concerniente al hecho cuando éste fuere perpetrado con abuso por el interviniente de su calidad de funcionario público, ministro de un culto religioso, guardador, maestro, orientador, terapeuta o encargado por cualquier título de la educación, guarda, curación o cuidado de la persona afectada.</p> |
|---|---|

*Justificación.*¹ Algunas de las decisiones tomadas por la comisión son cuestionables, sea por razones valorativas o político-criminales o bien por razones técnicas. Las principales, desde mi punto de vista, son las siguientes:

- a) La rebaja de la edad mínima para consentir en la realización de acciones sexuales, de 14 a 12 años.

El Anteproyecto propone reducir la edad a partir de la cual una persona puede válidamente consentir la realización de acciones sexuales, de 14 a 12 años.

Este es un cambio significativo que es difícil evaluar sin tener a la vista los antecedentes que seguramente la comisión tuvo en cuenta. Es efectivo que otras legislaciones, como la española y la argentina por ejemplo, consagran como límite una edad inferior a los 14 años y que las estadísticas sobre iniciación sexual en Chile arrojan datos ubicados por debajo de esa cifra. Sin embargo, estos no parecen ser buenos motivos para rebajar la edad a los 12 años.

Desde luego, no tengo conocimiento de que el umbral vigente haya constituido algún problema en la aplicación práctica de la ley, es decir, de que existan indicios concretos de sobreinclusión.

Enseguida, las legislaciones mencionadas cifran la capacidad para consentir en los 13 y no en los 12 años, y muchas otras lo sitúan en edades superiores. En Alemania, por ejemplo, son punibles todos los contactos sexuales con personas menores de 14 años, tal como lo son hoy en Chile.

Finalmente, en lo que atañe a la edad de iniciación sexual, no hay que perder de vista que la única iniciación que cabe considerar para estos efectos es la que lleven a cabo los adolescentes en forma voluntaria y en un plano de relativa igualdad con su contraparte. Se

¹ Junto con fundamentar las propuestas de modificación aquí presentadas, el Profesor De la Fuente formuló comentarios orientados a destacar las innovaciones del Anteproyecto en materia de delitos contra la libertad sexual, los que se incluyen al final de esta sección, a modo de “comentarios adicionales”.

necesitan estadísticas desagregadas, entonces; y sobre todo es indispensable tener en cuenta qué reglas se van a establecer para los contactos sexuales entre impúberes y adolescentes. El Anteproyecto calla a este respecto, presumiblemente porque deja librada esa decisión a la ley sobre responsabilidad de personas adolescentes (que, dado el cambio de sistema de penas, necesariamente tendrá que ser distinta de la actual). Pero partiendo del supuesto de que se exija una brecha etaria entre autor y víctima para la configuración de estos delitos, la edad mínima para consentir válidamente en la realización de acciones sexuales debe pensarse sobre todo como un límite aplicable a las interacciones con personas adultas. En esa perspectiva, estimo preferible el umbral existente o a lo sumo uno fijado en los 13 años, no en 12.

b) La exclusión de la coacción simple de los modos comisivos del delito de abuso sexual. Según el Anteproyecto, el empleo de amenaza para hacer posible la realización de una acción sexual respecto de personas adultas solo es punible (a título de agresión sexual, a. 261) cuando la amenaza es *grave*, entendiendo por tal (a. 40 N°2) aquella que consiste en el anuncio de “atentar inminentemente contra la vida, o de modo grave contra la salud, la libertad de movimiento o la libertad sexual, ya sea del coaccionado o de una persona cercana a éste”.

Si la amenaza es simple o no grave, en cambio, el hecho es atípico, pues esta forma de atentado contra la libertad de determinación ajena no figura entre los modos comisivos del delito de abuso sexual (a. 263), que es la otra figura aplicable a las acciones de que puede ser víctima un sujeto mayor de edad.

El Anteproyecto define la amenaza no grave pero punible como aquella que consiste en el anuncio de “atentar inminentemente contra la vida, o de modo grave contra la salud, la libertad de movimiento o la libertad sexual, ya sea del coaccionado o de una persona cercana a éste” (aa. 40 N°3 y 239).

La atipicidad de las acciones sexuales realizadas mediante “amenaza punible” es extraña y genera cierta confusión.

Una posibilidad es entender que la “amenaza punible” se encuentra de todas maneras comprendida en la hipótesis del N°3 del a. 263, consistente en aprovecharse de la “grave dificultad de la persona afectada para resistir”. Pues es razonable pensar que una amenaza que la ley considera constitutiva de delito es por definición una de aquellas que ponen a quien la padece en una grave dificultad para tomar una decisión distinta de la que se le intenta imponer.

El problema, sin embargo, es que no es posible sostener esta interpretación sin caer en algún grado de contradicción con el texto y la finalidad del a. 265, que sí considera la amenaza punible como un modo comisivo del delito de “atentado sexual contra un menor de edad”. Puesto que si el objeto de este precepto es establecer modalidades comisivas especialmente aplicables a las interacciones con menores de edad y, por lo tanto, no comprendidas en los artículos anteriores, habría que inferir entonces que la coacción punible no pertenece a los modos comisivos del a. 263.

Más aun, el hecho de que se distinga entre amenaza grave y amenaza punible, y el hecho asimismo de que según el Anteproyecto la amenaza punible transforme en delito solo las acciones sexuales realizadas respecto de menores de edad, parecen ser el reflejo de una decisión consciente y deliberada.

Si esto es así, el alcance de la amenaza punible debe entenderse en desmedro de la hipótesis de grave dificultad para resistir del a. 263, que entonces pasa a tener un significado

bastante más estrecho del que a primera vista cabe atribuirle y del que parece ser conveniente en esta materia.

La atipicidad de las acciones sexuales realizadas con adultos mediante amenaza punible a título de abuso sexual no excluye, por supuesto, la posibilidad de castigar el hecho a título de coacciones, y seguramente esta es la idea que está detrás de la regluación propuesta.

Esa idea asume que el desvalor específico de los delitos sexuales como atentados contra la libertad sexual de una persona solo surge si la amenaza reviste un grado especial de gravedad. Personalmente no veo que haya ninguna razón para ello, ni conceptual ni valorativamente hablando. Sobre todo, ese enfoque persigue alejar la configuración del delito de abuso sexual de la mera vulneración de la voluntad de la víctima. Obrar contra su voluntad no sería suficiente para transformar una penetración genital, por ejemplo, en abuso sexual, cuando el autor hace uso de una amenaza. Para configurar un delito sexual se necesitaría que la amenaza fuese suficientemente grave a la luz de los artículos 261 y 40 N°2; si no, el hecho sería atípico en tanto que atentado contra la libertad sexual.

Tres reparos cabe formular a este respecto. Primero, que no hay motivo para que la libertad sexual no pueda verse vulnerada como consecuencia de un acto que de suyo es apto para vulnerar la libertad de determinación. Segundo, que ese diseño expone a la víctima de un acto sexual conseguido mediante amenaza punible a una indagación muy incómoda y potencialmente vejatoria en juicio. Y tercero, que esa manera de concebir los atentados de orden sexual va en contra de la manera como desde hace un tiempo a esta parte vienen siendo entendidas tanto las reglas de comportamiento como las necesidades de reforzamiento penal en esta área.

- c) La restricción de la coacción como modo comisivo del delito de atentado contra menores de edad a la coacción definida en el art. 40 N°3.

Como ya se ha dicho, el ejercicio de una amenaza punible es modo comisivo del delito de atentado sexual contra un menor de edad, lo que en sí mismo es correcto, supuesto que tal manera de incidir sobre la voluntad de otro no sea ya constitutiva de abuso sexual. Pero independientemente de ello, cuando la víctima es una persona cuya edad puede llegar a los 14 o, con mayor razón aun, a los 12 años, exigir que esa amenaza consista en el anuncio de irrogación de un mal *considerable* (a. 239) parece excesivo.

Para doblegar la voluntad de un menor de 12, 14 o hasta 15 años no necesariamente se necesita una amenaza considerable. El solo hecho de conseguir la realización del acto sexual mediante una amenaza debería bastar para configurar el delito.

Por supuesto, a lo dicho se podría replicar señalando que la determinación de la gravedad de una amenaza debe hacerse tomando en cuenta las características de la víctima (el mundo de representaciones en que incide). Pero si eso es así, quiere decir que la configuración del injusto depende no de las características del acto de amenaza sino del temor que logre infundir en la víctima y del efecto que previsiblemente pudiera tener sobre su voluntad. Y si eso es así, es preferible contemplar como medio comisivo el *amedrentamiento* de la víctima.

- d) La designación de las figuras de “violación mediante agresión” y “violación mediante abuso”.

El Anteproyecto usa la palabra “violación” para referirse a la penetración genital de una persona realizada con la concurrencia de circunstancias capaces de configurar un delito sexual contra un adulto. Según qué circunstancias concurren, la denomina violación mediante agresión o violación mediante abuso.

Sería preferible hablar simplemente de violación *calificada* y violación *simple* o violación a secas, respectivamente.

e) El empleo de las expresiones “constreñir” y “compeler”, y sobre todo la insistencia en la hipótesis de “constreñir” o “compeler a tolerar”.

En el idioma español, las palabras constreñir, compeler, obligar y forzar son esencialmente sinónimas. Si en cierta forma constreñir puede asociarse con las formas más intensas de vulneración de la voluntad ajena, no es de ninguna manera incorrecto hablar de forzar u obligar a alguien a hacer u omitir algo en esas mismas circunstancias.

Dentro del marco del uso correcto del lenguaje, no se ve sin embargo ninguna ventaja en emplear las dos primeras expresiones en lugar de las últimas, que sí son de uso frecuente en la ley y en la comunicación común entre las personas y que por lo mismo son fácilmente comprensibles para cualquier usuario del idioma castellano.

Es verdad que en la doctrina alemana sobre el delito de coacciones, los dos primeros términos están asociados a formas específicas de incidencia sobre la libertad de otro, pero eso no es motivo para adoptar esos giros lingüísticos. Las mismas distinciones pueden hacerse, ya en el plano teórico, empleando esos u otros términos.

Del mismo modo, se aprecia una cierta preocupación por referirse en cada caso a la hipótesis de obligar a alguien mediante violencia o amenaza por ejemplo *a tolerar* una determinada acción sexual, cuando lo mismo puede decirse aludiendo simplemente a la *realización de dicho acto mediante violencia o amenaza*.

La hipótesis de obligar a tolerar empleada en el Anteproyecto seguramente está dirigida a captar el supuesto de que un individuo utilice a otro para realizar una acción sexual sobre el cuerpo de la víctima. En principio, en tal caso cabría dudar que el autor -el sujeto de atrás en un esquema de autoría mediata- realice efectivamente la acción sexual sobre el cuerpo de la persona afectada. Y de hecho, históricamente ha habido discusión sobre esto.

Tal duda y la discusión subsecuente, sin embargo, solo tienen sentido si se aceptan las premisas de la doctrina de los delitos de propia mano, que ha ido siendo dejada atrás por la doctrina a medida que el sentido de las acciones sexuales se ha ido independizando de los estados mentales del autor. En rigor, los delitos sexuales no presentan ninguna particularidad que los haga insusceptibles de ser cometidos a través de otro. También la conducta consistente en ejecutar una acción sexual sobre el cuerpo de otro, así como la de herirlo o matarlo por ejemplo, puede ser ejecutada valiéndose de otro individuo para ello. En este sentido, la previsión de la autoría mediata en el a. 35 (“Es autor quien perpetra el hecho por sí mismo o a través de otro”) es suficiente para castigar como autor de agresión o abuso sexual a quien obliga a una persona a tolerar la acción de esa índole realizada sobre su cuerpo por otro sujeto cuya voluntad también es controlada por el agente.

f) No contemplar como agravante de la pena del delito de atentado sexual contra un impúber el empleo de violencia o amenaza grave.

Los delitos de atentado sexual contra un menor de edad o un impúber se configuran sin necesidad de concurra violencia o amenaza grave, pero lo esperable sería que la ley contemplara estos modos comisivos como una circunstancia de agravación de esos ilícitos. No es así, sin embargo, en el Anteproyecto.

De hecho, las acciones sexuales ejecutadas mediante violencia contra un menor o un impúber tanto podrían ser encuadradas en las figuras de agresión sexual de los artículos 261 y 262, por razón de la violencia concurrente, como en las de atentado sexual o estupro previstas en los artículos 265 a 267, en atención a la edad de la víctima. Sin embargo, la gravedad de las penas deja en claro que la idea del Anteproyecto es que cuando concurren las circunstancias de una agresión sexual priman las figuras que contemplan esa modalidad comisiva, pues, siendo idéntico el tope punitivo, la pena mínima de la agresión es más alta que la del atentado en dos de los tres supuestos regulados.

Pues bien, asumiendo entonces que cuando se emplea violencia contra un impúber las figuras de atentado quedan desplazadas por las de agresión sexual, cabe preguntarse si acaso el hecho de ser la víctima una persona de tan escasa edad podría ser considerado como una circunstancia de agravación de la pena. Lo razonable, a mi modo de ver, es que así fuera, pero el Anteproyecto no contempla esa posibilidad.

De acuerdo con el texto, supuesto el ejercicio de violencia del mismo grado, la agresión sexual contra un adulto es tan grave como la que se ejecuta contra un impúber. (A menos que se piense que el máximo de la pena de la violación del a. 262 por ejemplo queda reservada para los casos en que además la víctima es una persona de escasa edad, cosa que en realidad no tiene ningún respaldo).

No comparto el criterio del Anteproyecto, pues creo que la condición de impúber de la víctima debería ser considerada una circunstancia de agravación de las agresiones sexuales.

g) Caracterización de la asimetría que da lugar a un atentado sexual contra un menor de edad como “dependencia”.

La hipótesis de atentado sexual del a. 265 N°1 contempla como circunstancia comisiva la de “abusar de una relación de dependencia del menor”. Esta es la manera como la ley caracteriza en la actualidad el supuesto más común de atentado contra la libertad de un menor de edad. Esta sin embargo no es una buena caracterización de ese supuesto, porque lo decisivo en estos casos es que la víctima no es capaz de oponerse al acto sexual, debido a que el autor se encuentra en una situación de superioridad. Esa asimetría rara vez puede describirse como una dependencia. Con mucha frecuencia está dada por un lazo de parentesco o de amistad con alguno de los progenitores, de la que no deriva ninguna dependencia propiamente tal. Es verdad que esa dependencia puede concebirse en términos muy amplios como la posición correlativa a cualquier forma de ascendencia que el autor tenga sobre la víctima, pero entonces la verdadera circunstancia comisiva estará constituida por la superioridad del autor.

Art. 291. *Exención de responsabilidad.*

Propuesta de Arturo Ibáñez y Alberto Pino, profesores de Derecho Civil:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|---|--|
| Art. 291. <i>Exención de responsabilidad.</i> No responderá por los delitos previstos en los artículos 289 y 290 el que demostrare la verdad de la imputación o que la hubiere tenido por verdadera habiendo observado el cuidado esperable en la apreciación de su mérito. | Art. 291. <i>Exención de responsabilidad.</i> No responderá por los delitos previstos en los artículos 289 y 290 el que demostrare la verdad de la imputación o que la hubiere tenido por verdadera habiendo observado <u>un estándar de culpa grave, si existiere interés público en el hecho imputado, y culpa leve de tratarse de un interés privado.</u> |

Justificación. La norma establece una exención de responsabilidad para el que demuestre la verdad de la imputación o que la hubiere tenido por verdadera “habiendo observado el cuidado esperable en la apreciación de su mérito”. Se consulta cuál sería el estándar de cuidado esperable en estos casos, y se sugiere relajar dicho estándar en aquellos casos en los cuales haya un interés público involucrado.

Art. 295. Agravantes.

Propuesta de Arturo Ibáñez y Alberto Pino, profesores de Derecho Civil:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|--|---|
| Art. 295. <i>Agravantes.</i> Tratándose de cualquiera de los delitos previstos en el presente Título se tendrá por concurrente una agravante calificada concerniente al hecho cuando fuere perpetrado mediante difusión. Se tendrá por concurrente una agravante calificada o muy calificada concerniente al hecho cuando fuere perpetrado: 1° con extrema crueldad para con la persona afectada; 2° de un modo que expresare rechazo o desvalorización de su género, de su orientación o identidad sexual, de su apariencia o condición física o mental, de su religión o ideología, de su nacionalidad, de su raza o de su origen étnico. | Art. 295. <i>Agravantes.</i> Tratándose de cualquiera de los delitos previstos en el presente Título se tendrá por concurrente una agravante calificada concerniente al hecho cuando fuere perpetrado mediante difusión. Se tendrá por concurrente una agravante calificada o muy calificada concerniente al hecho cuando fuere perpetrado: 1° con extrema crueldad para con la persona afectada; 2° de un modo que expresare rechazo o desvalorización de su género, de su orientación o identidad sexual, de su apariencia o condición física o mental, de su religión o ideología, de su nacionalidad, de su raza, <u>de su filiación, de su edad, de su condición socioeconómica,</u> o de su origen étnico. |

Justificación. Se consulta en primer término si estas causales agravantes reemplazan a los discursos de odio, contemplados en el art. 31. También se consulta sobre concordancia con otras categorías de discriminación mencionadas por la Ley N° 20.609, art. 2°, particularmente filiación, condición socioeconómica, y edad.

Art. 299. *Daño*

Propuesta de Arturo Ibáñez y Alberto Pino, profesores de Derecho Civil:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|--|--|
| Art. 299. <i>Daño</i> . El que destruyere, deteriorare o inutilizare una cosa sobre la que otro tuviere un derecho de propiedad, uso o aprovechamiento será sancionado con libertad restringida, reclusión o privación de 1 a 2 años. Si el valor de la cosa o el costo de reparación no excediere de cinco unidades de fomento la pena será multa. | Art. 299. <i>Daño</i> . El que destruyere, deteriorare o inutilizare una cosa sobre la que otro tuviere un derecho de propiedad <u>u otro derecho real</u> será sancionado con libertad restringida, reclusión o privación de 1 a 2 años. Si el valor de la cosa o el costo de reparación no excediere de cinco unidades de fomento la pena será multa. |

Justificación. La sugerencia formulada se ha elaborado teniendo a la vista el sistema de derechos reales del derecho civil, en particular los siguientes puntos:

a) Primeramente, se ha tenido en cuenta la forma en que el derecho civil concibe el poder directo que se puede tener sobre una cosa. El poder directo que se puede tener sobre una cosa se materializa a través de lo que el Código Civil define como derechos reales (ver artículo 577 inciso 1 del Código Civil)).

b) No existen más derechos reales que aquellos que establece expresamente la ley. En el derecho chileno los derechos reales aparecen enumerados principalmente en el inciso 2 del artículo 577 del Código Civil, además de otros derechos reales consagrados en otros cuerpos legales (por ejemplo, el derecho de aprovechamiento de aguas, establecido en el Código de Aguas, o el derecho de conservación medioambiental, consagrado en la Ley N° 20.930).

c) Tradicionalmente los derechos reales se dividen en derechos de goce (los que confieren un poder directo sobre la cosa, por lo que la cosa representa un valor de uso) y derechos de garantía (los que confieren un poder indirecto sobre la cosa, representando ésta un valor de intercambio). El derecho real de goce por excelencia es el dominio. Derechos reales de garantía son la prenda y la hipoteca. La calificación del derecho de conservación medioambiental suscita dudas, postulando algunos que configuraría una tercera categoría de derecho real.

d) Se ha asumido que los redactores no han querido restringir el delito de daños a la afectación de una cosa sobre la que se tiene un derecho real de goce. Piénsese, por ejemplo, en el caso del propietario de un inmueble hipotecado que daña dicho inmueble. En tal caso, el titular del derecho real de hipoteca (un derecho real de garantía) sería la víctima del delito de daño.

Por todo lo anterior, pareciera que iría en la línea correcta el diseñar una norma en la que tengan cabida todos los derechos reales que se puedan tener sobre una cosa, cubriéndose todas las hipótesis en las que se tenga un derecho real (sea de goce o de garantía) sobre una cosa.

Art. 304. *Usurpación de inmueble*

Propuesta de Arturo Ibáñez y Alberto Pino, profesores de Derecho Civil:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|---|---|
| Art. 304 <i>Usurpación de inmueble</i> . El que ocupare un inmueble sin el consentimiento de quien lo tuviere legítimamente en su poder será sancionado con libertad restringida o reclusión. | Art. 304 <i>Usurpación de inmueble</i> . El que <i>se apoderare materialmente de</i> un inmueble sin el consentimiento de quien lo tuviere legítimamente en su poder será sancionado con libertad restringida o reclusión. |

Justificación. Las sugerencias y observaciones formuladas se han elaborado teniendo a la vista las normas sobre posesión del Código Civil, en particular los siguientes puntos:

a) Como bien es sabido, en el derecho chileno, y en lo que dice relación con la posesión de inmuebles, existen dos regímenes paralelos: la posesión de inmuebles no inscritos y la posesión de inmuebles inscritos. Dicha distinción es fundamental para determinar cómo se pierde la posesión del inmueble.

b) En materia de inmuebles no inscritos, se aplica el artículo 726 del Código Civil, norma que dispone que se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan.

c) Por otro lado, en materia de inmuebles inscritos, el artículo 728 inciso 1 del Código Civil establece que la posesión se pierde mediante la cancelación de la inscripción, cancelación que puede tener lugar en alguna de las formas que la misma norma dispone. El inciso segundo del precepto agrega que mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la existente.

d) Si se parte de la base que la “ocupación” a que se refiere el precepto comentado quiere comprender únicamente lo que podría calificarse como un despojo material (no incluyéndose, tratándose de inmuebles inscritos, la hipótesis en la que un tercero logra obtener una inscripción a su nombre, inscripción que esté desvinculada de la inscripción anterior), y considerando lo que señalan las normas recién citadas, pareciera que sería conveniente hablar de “apoderamiento material”.

Sobre la base de lo antes señalado, se sugiere que el precepto señale “el que se apoderare materialmente de un inmueble”, a fin de enfatizar que se sanciona lo que se conoce como “despojo material”, siendo indiferente si se trata de un inmueble inscrito o de un inmueble no inscrito.

Art. 318. *Abigeato*

Propuesta de Nathalie Walker, Profesora de Derecho Procesal:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|--|---|
| Art. 318. <i>Abigeato</i> . Se entenderá que el hechor se apropia o se apodera de la cosa en los términos de los artículos 312, 313 o 316 cuando se marcare, señalare, contramarcare o contraseñalare uno o más caballos o animales de silla o carga o una o más piezas de otras especies de ganado. | Art. 318. <i>Abigeato</i> . Se entenderá <i>que comete abigeato</i> el hechor que se apropia o se apodera de la cosa en los términos de los artículos 312, 313 o 316 cuando marcare, señalare, contramarcare o contraseñalare uno o más caballos o animales de silla o carga o una o más piezas de otras especies de ganado. |

Justificación. Corrige error de redacción.

Art. 321. Recuperación lícita de la cosa mueble

Propuesta de Nathalie Walker, Profesora de Derecho Procesal:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|---|---|
| <p>Art. 321. <i>Recuperación lícita de la cosa mueble.</i> No actúa ilícitamente quien obra en recuperación de la tenencia legítima de una cosa mueble recientemente apoderada por otro, siempre que el mal causado a éste sea necesario para su recuperación y que no exceda del daño a las cosas, su coacción o privación de libertad por el tiempo que justifica su detención por flagrancia o su maltrato corporal o lesión sin gravedad.</p> <p>Para efectos de lo dispuesto en el inciso precedente el apoderamiento es reciente cuando la recuperación de la tenencia de la cosa tiene lugar en seguida de su perpetración.</p> <p>El que obra en recuperación lícita de la tenencia no pierde por ello la legítima defensa cuando ésta procediere. La recuperación lícita de la tenencia no constituye provocación suficiente de la agresión ilegítima que importa la oposición a ella.</p> | <p>Art. 321. <i>Recuperación lícita de la cosa mueble.</i> No actúa ilícitamente quien obra en recuperación de la tenencia legítima de una cosa mueble recientemente apoderada por otro, siempre que el mal causado a éste sea necesario para su recuperación y que no exceda del daño a las cosas, su coacción <u>o privación</u> de libertad por el tiempo que justifica su detención por flagrancia o su maltrato corporal o lesión sin gravedad.</p> <p>Para efectos de lo dispuesto en el inciso precedente el apoderamiento es reciente cuando la recuperación de la tenencia de la cosa tiene lugar <u>inmediatamente después</u> de su perpetración.</p> <p>El que obra en recuperación lícita de la tenencia no pierde por ello la legítima defensa cuando ésta procediere. La recuperación lícita de la tenencia no constituye provocación suficiente de la agresión ilegítima que importa la oposición a ella.</p> |

Justificación. Corrige error de redacción y facilita comprensión de la disposición.

Art. 329. Usura

Propuesta de Marcos Contreras, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|--|---|
| <p>Art. 329. <i>Usura.</i> El que otorgare a otro crédito u otra cosa genérica estableciendo un interés superior al máximo permitido por la ley será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años.</p> | <p>Art. 329. <i>Usura.</i> El que <u>diere</u> a otro crédito <u>o entregare</u> otra cosa genérica estableciendo un interés superior al máximo permitido por la ley será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años.</p> |

Justificación. El verbo más apropiado para designar la conducta respecto de “otra cosa genérica” me parece que es entregar (o suministrar), pero en caso alguno “otorgar”. El crédito se otorga en el sentido estipularse. Una cosa genérica no. Lo que se estipula respecto de ellas es el interés que ha de pagarse a la época de la restitución de igual cantidad de la misma calidad.

La palabra otorgar pareciera referir a la estipulación del interés, con independencia de que el crédito o las cosas genéricas haya sido proporcionadas o no. Pareciera más razonable limitar la punibilidad a los casos en los que hubo transferencia patrimonial, atendido que el mutuo es por regla general un contrato real.

Art. 331. *Estafa*

Propuesta de Marcos Contreras, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|---|--|
| <p>Art. 331. <i>Estafa.</i> El que para obtener un provecho patrimonial para sí o para un tercero mediante engaño provocare en otro un error que lo indujere a ejecutar, omitir o tolerar una acción que importare una disposición patrimonial con perjuicio propio o de un tercero será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años. No obstará a la existencia de engaño la circunstancia de que el error hubiere sido evitable para la persona engañada de haber sido ésta más cauta o diligente. Cuando el hecho irrogare grave perjuicio a la persona afectada se tendrá por concurrente una agravante muy calificada concerniente al hecho. Si el perjuicio irrogado no excediere de cinco unidades de fomento la pena será multa.</p> | <p>Art. 331. <i>Estafa.</i> El que para obtener un provecho patrimonial para sí o para un tercero mediante engaño provocare en otro un error que lo indujere a ejecutar, omitir o tolerar una acción que importare una disposición patrimonial con perjuicio propio o de un tercero será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años. No obstará a la existencia de engaño la circunstancia de que el error hubiere sido evitable para la persona engañada de haber sido ésta más cauta o diligente. Cuando el hecho irrogare grave perjuicio a la persona afectada se tendrá por concurrente una agravante muy calificada concerniente al hecho. Si el perjuicio irrogado no excediere de cinco unidades de fomento la pena será multa.</p> |

Justificación. Se propone eliminar el inciso segundo. Parece una sobrerregulación. La cuestión de los denominados “deberes de autoprotección” de la víctima de estafa debiera quedar abierta. Si bien es cierto la negación de la existencia de tales deberes parece orientada políticamente por ideales de justicia distributiva (protección completa e indubitada de aquellos sectores más carenciados o desprovistos de la sociedad), en esos términos –de justicia distributiva– puede ser contradictoria si es que se le brinda el mismo tipo de protección (completa e indubitada) a agentes económicos que perciben ingentes ingresos (que no comparten) pero no internalizan los costos de gestionar su patrimonio de forma segura. Es la discusión que en derecho comparado se suscita, por ejemplo, en torno a la tipicidad a título de estafa de la conducta de erróneo depósito en cuenta corriente cuando el perjuicio lo sufre un banco. La jurisprudencia actual alemana y la jurisprudencia han tendido a negar la tipicidad del engaño en esos casos. En

España es posible constatar la misma situación. La evolución de esta cuestión debiera quedar abierta.

Art. 333. Autodenuncia.

Propuesta de Marcos Contreras, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|--|---|
| <p>Art. 333. <i>Autodenuncia.</i> Cuando el responsable de las conductas previstas en el artículo precedente diere aviso a la autoridad y reintegrare las cantidades recibidas, debidamente reajustadas y con intereses antes de que hubiere denuncia o querrela en su contra el tribunal podrá prescindir de la pena o estimar la concurrencia de una atenuante muy calificada.</p> | <p>Art. 333. <i>Autodenuncia.</i> Cuando el responsable de las conductas previstas en el artículo precedente diere aviso a la autoridad y reintegrare las cantidades recibidas, debidamente reajustadas y con intereses antes de que hubiere denuncia o querrela en su contra el tribunal podrá prescindir de la pena, <u>salvo que el perjuicio patrimonial experimentado por el ofendido lo haya llevado a sufrir un daño importante, caso en el que se estimará</u> la concurrencia de una atenuante muy calificada.</p> |

Justificación. Como el bien jurídico protegido por el tipo de estafa es el patrimonio (y no la libertad de disposición ni un presunto derecho a la verdad), parece razonable asegurar que el sujeto que se autodenuncia y restituye el dinero, quedará exento de pena. Ello, por lo demás, es una forma de incentivar más enfáticamente dicha conducta que quedara al arbitrio judicial. Sin embargo, se deja a salvo la hipótesis (por vía de su incorporación) de que la no disposición temporal de la suma estafada (y posteriormente restituida) haya provocado en el ofendido pérdida de oportunidades, obtención de créditos gravosos, etc., es decir, de conductas que le generan un daño patrimonial no constitutivo de perjuicio patrimonial a título de estafa.

Art. 341. Administración desleal en perjuicio del Estado.

Propuesta de Guillermo Jiménez, Profesor de Derecho Público:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|---|---|
| <p>Art. 341. <i>Administración desleal en perjuicio del Estado.</i> Si el hecho descrito en el artículo precedente recayere en intereses patrimoniales del Estado la pena será prisión de 1 a 3 años. [...]</p> | <p>Art. 341. <i>Administración desleal en perjuicio del Estado.</i> <u>Será sancionado con prisión de 1 a 3 años el que teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio del Fisco o de cualquier órgano de la administración del Estado o de alguna parte de éste en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto jurídico le irrogare perjuicio, ejerciendo abusivamente facultades</u></p> |

| | |
|--|--|
| | <u>para disponer por cuenta de ella u obligarla o ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario a los intereses patrimoniales del Estado.</u> |
|--|--|

Justificación. Se recomienda desarrollar completamente el tipo de la administración desleal en perjuicio del Estado. En el Anteproyecto el tipo se construye en relación con el artículo anterior (Art. 340. *Administración desleal*). Pero esta estrategia puede originar dificultades interpretativas fácilmente evitables, eliminando la remisión y estableciendo todos los elementos del tipo en el mismo Art. 341.

Art. 344. Omisión del pago de cotizaciones previsionales

Propuesta de Sergio Gamonal y Caterina Guidi, profesores de Derecho del Trabajo:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|--|--|
| Art. 344. <i>Omisión del pago de cotizaciones previsionales.</i> El empleador que habiendo descontado de la remuneración del trabajador el monto correspondiente a las cotizaciones previsionales de cargo de éste no las enterare en la respectiva institución previsional en el plazo de 90 días desde la fecha en que legalmente hubiere debido hacerlo será sancionado con libertad restringida o reclusión. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularizare su situación de pago ante la respectiva institución previsional con anterioridad al inicio del procedimiento penal. | Art. 344. <i>Omisión del pago de cotizaciones previsionales.</i> El empleador que habiendo descontado de la remuneración del trabajador el monto correspondiente a las cotizaciones previsionales de cargo de éste no las enterare en la respectiva institución previsional en el plazo de 90 días desde la fecha en que legalmente hubiere debido hacerlo será sancionado con libertad restringida, reclusión <u>o prisión de 1 a 3 años.</u> Quedará exento de responsabilidad penal el que regularizare su situación de pago ante la respectiva institución previsional con anterioridad al inicio del procedimiento penal. |

Justificación. Se propone incorporar al tipo penal la sanción de “*prisión de 1 a 3 años*”. Lo anterior en concordancia con el párrafo sobre Administración Desleal, y en especial consideración a lo dispuesto en el artículo 340 del Código Penal propuesto. En esta disposición legal se establece que las posibles sanciones por administración desleal son libertad personal, reclusión y prisión de 1 a 3 años. A nuestro juicio no existe una razón justificada para discriminar entre la administración que genera perjuicio al Estado o a los particulares, y aquella que perjudica al trabajador, por lo tanto debiese existir la posibilidad de que el Tribunal pudiese ordenar la prisión de 1 a 3 años en este caso.

Art. 346. Supresión o menoscabo de títulos y garantías ejecutivas

Propuesta de Osvaldo Lagos y Adrián Schopf, profesores de Derecho Comercial y Civil, respectivamente:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|---|---|
| <p>Art. 346. <i>Supresión o menoscabo de títulos y garantías ejecutivas.</i> Será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 2 años el que:</p> <p>1° siendo dueño de un bien embargado o sometido a una medida cautelar o teniendo el bien a su cargo lo abandonare, destruyere u ocultare o dispusiere indebidamente de él o consintiere que otro lo hiciera;</p> <p>[...]</p> | <p>Art. 346. <i>Supresión o menoscabo de títulos y garantías ejecutivas.</i> Será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 2 años el que:</p> <p>1° siendo dueño <u>o poseedor</u> de un bien embargado o sometido a una medida cautelar o teniendo el bien a su cargo lo abandonare, destruyere u ocultare o dispusiere indebidamente de él o consintiere que otro lo hiciera;</p> <p>[...]</p> |

Justificación. Atendidas las dificultades probatorias que plantea la acreditación del dominio, el sistema de ejecución se funda muchas veces en la posesión de los bienes, razón por la cual la omisión del poseedor como elemento del tipo podría resultar infra-inclusiva.

Art. 358. *Violación de secreto empresarial*

Propuesta de Osvaldo Lagos, Profesor de Derecho Comercial:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|--|--|
| <p>Art. 358. <i>Violación de secreto empresarial.</i></p> <p>[...]</p> <p>[inciso 4°] Para los efectos de este artículo y del artículo siguiente se entenderá por secreto empresarial todo conocimiento de acceso restringido concerniente a la elaboración o comercialización de productos o a la prestación de servicios, así como a la organización o funcionamiento de la empresa, cuya revelación fuere idónea para perjudicar la posición de ésta en la competencia.</p> | <p>Art. 358. <i>Violación de secreto empresarial.</i></p> <p>[...]</p> <p>[inciso 4°] Para los efectos de este artículo y del artículo siguiente se entenderá por secreto empresarial todo conocimiento de acceso restringido concerniente a la elaboración o comercialización de productos o a la prestación de servicios, así como a la organización o funcionamiento de la empresa, cuya revelación fuere idónea para perjudicar la posición de ésta en la competencia, <u>siempre que no exista interés público en su divulgación. Para efectos de este artículo, es interés público el que se encuentra justificado por las necesidades de información para el adecuado funcionamiento del mercado.</u></p> |

Justificación. La definición parece demasiado amplia, con lo cual puede darse el resultado de que se otorgue protección a información no divulgada de una empresa, pero que resulta de interés público para el mercado. El estado de necesidad es insuficiente para justificar excepciones a la regla.

Un caso característico para ilustrar el problema es el de los pactos de accionistas en sociedades anónimas abiertas, respecto de los cuáles actualmente no hay obligación de divulgación, y cuyo secreto tendría ahora, además, protección penal cuando, en rigor, son información necesaria para la determinación del precio de un valor en el mercado. Un caso análogo, es el de la información relativa al contenido de una sentencia arbitral recaída en un litigio en que se encuentre involucrado un emisor de valores: no hay obligación de divulgarlo, se entiende en la práctica nacional que es confidencial, pero no debería serlo. Por lo anterior, se sugiere la incorporación de una justificación especial por interés público en la divulgación. Para restringir la idea de interés público, se puede entender como aquella información necesaria para el correcto funcionamiento del mercado.

Art. 367. Evasión tributaria

Propuesta de Francisco Saffie, Profesor de Derecho Tributario

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|--|---|
| <p>Art. 367. <i>Evasión tributaria.</i> El que con el objeto de evadir en todo o parte el pago de un impuesto omitiere presentar una declaración necesaria para su determinación o presentare una declaración que contuviere datos falsos o sustancialmente incompletos será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años.</p> <p>Si el impuesto de cuya determinación se tratare en el inciso precedente fuere uno de retención o recargo la pena será reclusión o prisión de 1 a 3 años.</p> | <p>Art. 367. <i>Evasión tributaria.</i> El que con el objeto de evadir en todo o parte el pago de un impuesto omitiere presentar una declaración necesaria para su determinación o presentare una declaración que contuviere datos falsos o sustancialmente incompletos será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años.</p> <p>Si <u>respecto del</u> impuesto de cuya determinación se tratare en el inciso precedente fuere uno <u>en los que existe una obligación</u> de retención o recargo la pena será reclusión o prisión de 1 a 3 años.</p> |

Justificación. Se sugiere modificar la definición del inciso segundo, en lo que dice relación con la referencia a los impuestos de retención o recargo. Desde el punto de vista del derecho tributario, no existen impuestos de retención sino que obligaciones de retención respecto de algunos impuestos, lo mismo en el caso de los impuestos de recargo. Se trata de obligaciones que buscan asegurar el cumplimiento del pago de los impuestos de contribuyentes de difícil fiscalización o de un mecanismo para facilitar el pago de obligaciones tributarias teniendo a un solo agente pagador.

Art. 370. *Documentos tributarios falsos*

Propuesta de Francisco Saffie, Profesor de Derecho Tributario

| | |
|--|---|
| Art. 370. <i>Documentos tributarios falsos</i> . El que elaborare o facilitare a cualquier título un documento inauténtico o falso de aquellos que de acuerdo con la ley tributaria deben emitir los vendedores y prestadores de servicios afectos al Impuesto al Valor Agregado para los efectos de la fiscalización de dicho impuesto será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años. | Art. 370 <i>Documentos tributarios falsos</i> . El que elaborare o facilitare a cualquier título un documento inauténtico o falso de aquellos que de acuerdo con la ley tributaria deben emitir los vendedores y prestadores de servicios afectos al Impuesto <u>a las Ventas y Servicios</u> para los efectos de la fiscalización <u>y funcionamiento</u> de dicho impuesto será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años. |
|--|---|

Justificación. La regulación vigente del Código Tributario, si bien dispersa en el articulado del artículo 97 de ese Código, busca asegurar la fiscalización y el correcto funcionamiento del sistema de débitos y créditos fiscales del impuesto a las ventas y servicios. La redacción propuesta en el anteproyecto sólo hace mención a la fiscalización del impuesto pero deja fuera de la definición del delito, los supuestos vigentes sobre uso indebido de crédito y débito fiscal. La sugerencia que se formula se hace teniendo presente estos puntos. Por otra parte, la redacción propuesta hace referencia al “*Impuesto al Valor Agregado*” cuando la denominación legal del tributo en cuestión es “*Impuesto a las Ventas y Servicios*”.

Art. 373. *Acción penal*

Propuesta de Francisco Saffie, Profesor de Derecho Tributario

| | |
|---|---|
| Art. 373. <i>Acción penal</i> . La persecución penal de cualquiera de los hechos previstos en los artículos 367, 368, 369, 370 y 371 solo podrá iniciarse previa presentación de querrela o denuncia por parte del Servicio de Impuestos Internos o por decisión fundada del Fiscal Nacional. | Art. 373 <i>Acción penal</i> . La persecución penal de cualquiera de los hechos previstos en los artículos 367, 368, 369, 370 y 371 solo podrá iniciarse previa presentación de querrela o denuncia por parte del <u>Director del</u> Servicio de Impuestos Internos, <u>en los términos señalados en el artículo 162 del Código Tributario</u> , o por decisión fundada del Fiscal Nacional. |
|---|---|

Justificación. El artículo 162 de Código Tributario establece que el SII será quien presentará la denuncia o querrela pero también se establece la posibilidad que actúe el Consejo de Defensa del Estado, cuando el Director del SII requiera que ese organismo presente la querrela. Sería conveniente que el anteproyecto contuviese una remisión a dicho artículo para efectos de

entender que el mecanismo de representación del artículo 162 del Código Tributario continuará vigente. Por otra parte, sería conveniente que el artículo 373 del anteproyecto contuviese un mecanismo de resolución de conflictos de competencia que pudiese presentarse entre el Director del SII y el Fiscal Nacional.

Arts. 375 y 376. Manipulación de mercado

Propuesta de Osvaldo Lagos, Profesor de Derecho Comercial:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|--|--|
| <p>Art. 375. <i>Manipulación de mercado por medio de operaciones.</i> Será sancionado con prisión de 1 a 3 años el que realizare una operación que:</p> <p>1° transmitiere señales falsas o engañosas en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de un valor; o bien,</p> <p>2° fuere idónea para fijar en un nivel anormal o artificial el precio de un valor.</p> <p>No incurre en manipulación de mercado quien actúa por razones legítimas y de conformidad con una práctica de mercado aceptada con arreglo a lo dispuesto por la regulación del mercado de valores.</p> | <p>Art. 375. <i>Manipulación de mercado por medio de operaciones.</i> Será sancionado con prisión de 1 a 3 años el que realizare una operación que:</p> <p>1° transmitiere señales falsas o engañosas en cuanto a la oferta, la demanda o <u>a circunstancias que puedan influir en</u> el precio de un valor; o bien,</p> <p>2° fuere idónea para fijar en un nivel anormal o artificial el precio de un valor.</p> <p>No incurre en manipulación de mercado quien actúa por razones legítimas y de conformidad con una práctica de mercado aceptada con arreglo a lo dispuesto por la regulación del mercado de valores.</p> |
| <p>Art. 376. <i>Manipulación del mercado por medio de difusión de información.</i> Será sancionado con prisión de 1 a 3 años el que difundiere información falsa o engañosa en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de un valor.</p> | <p>Art. 376. <i>Manipulación del mercado por medio de difusión de información.</i> Será sancionado con prisión de 1 a 3 años el que difundiere información falsa o engañosa en cuanto a la oferta, la demanda o <u>a circunstancias que puedan influir en</u> el precio de un valor.</p> |

Justificación. La fórmula “la oferta, la demanda o el precio de un valor” es breve y elegante, pues describe taxativamente las circunstancias que pueden alterar la evaluación de un título. Es difícil imaginar circunstancias en las que la señal falsa o engañosa sobre el precio sea información sobre éste, y no sobre circunstancias que lo afecten. Sin embargo, me parece que, culturalmente, el riesgo de una “interpretación restringida” es real, por lo que tal vez sea prudente ser más explícito en la elaboración de la frase aludida.

Arts. 399, 403 y 406.

Propuesta de Sophía Romero y Nathalie Walker, profesoras de Derecho Procesal:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|--|---|
| <p>Art. 399. <i>Falsedad en documento público.</i> El funcionario público competente que faltare a la verdad en la afirmación acerca de un hecho relevante consignado en un documento público al formar un libro o registro público con arreglo a la ley o a un reglamento o al practicar las inscripciones a ser consignadas en tal libro o registro será sancionado con prisión de 1 a 4 años y multa.</p> <p>El que mediante engaño determinare al funcionario a emitir un documento público que contuviere afirmaciones falsas acerca de un hecho consignado en él será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 4 años y multa.</p> <p>El que hiciere uso del documento público que contuviere la declaración falsa será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 4 años y multa.</p> | <p>Art. 399. <i>Falsedad en documento público.</i> El funcionario público competente <u>o el que ejerciendo una función pública, dentro del ámbito de sus competencias,</u> faltare a la verdad en la afirmación acerca de un hecho relevante consignado en un documento público al formar un libro o registro público con arreglo a la ley o a un reglamento o al practicar las inscripciones a ser consignadas en tal libro o registro será sancionado con prisión de 1 a 4 años y multa.</p> <p>El que mediante engaño determinare <u>a un sujeto</u> a emitir un documento público que contuviere afirmaciones falsas acerca de un hecho consignado en él será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 4 años y multa.</p> <p>El que hiciere uso del documento público que contuviere la declaración falsa será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 4 años y multa.</p> |
| <p>Art. 403. <i>Inhabilitación.</i> La inhabilitación que correspondiere imponer al funcionario público que perpetrare cualquiera de los delitos previstos en los párrafos 2, 3 y 4 precedentes no será inferior a los 5 años y podrá ser perpetua en los casos del inciso primero del artículo 398, del inciso primero del artículo 399 y del inciso primero del artículo 400 ni será inferior a 3 años en el caso del inciso tercero del artículo 401.</p> <p>[...]</p> | <p>Art. 403. <i>Inhabilitación.</i> La inhabilitación que correspondiere imponer al funcionario público <u>o al que ejerza función pública</u> que perpetrare cualquiera de los delitos previstos en los párrafos 2, 3 y 4 precedentes no será inferior a los 5 años y podrá ser perpetua en los casos del inciso primero del artículo 398, del inciso primero del artículo 399 y del inciso primero del artículo 400 ni será inferior a 3 años en el caso del inciso tercero del artículo 401.</p> <p>[...]</p> |
| <p>Art. 406. <i>Usurpación de funciones públicas.</i> El que fingiéndose funcionario público realizare actos propios de tal será sancionado con libertad restringida o reclusión.</p> | <p>Art. 406. <i>Usurpación de funciones públicas.</i> <u>El que atribuyéndose el ejercicio de una función pública, sin detentarla legítimamente,</u> realizare actos propios de tal será sancionado con libertad restringida o reclusión.</p> |

Justificación. Se sugiere modificar las referencias a “funcionario público”, por la de “sujeto en el ejercicio de una función pública”. Lo anterior en atención a que conforme la redacción propuesta es posible limitar la extensión del tipo penal sólo a los sujetos que forman parte de la Administración Pública, cuando existen distintos privados que ejercen una función pública. En

materia procesal, se advierte la función del árbitro que conoce de hipótesis de arbitraje forzoso, los notarios públicos, los conservadores, los receptores judiciales, etc.

Art. 409. *Sustitución de un menor*

Propuesta de Susana Espada, Profesora de Derecho Civil:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|---|---|
| <p>Art. 409. <i>Sustitución de menor</i>. El que sustituyere a un niño por otro poniendo en riesgo su identificación o la inscripción de su nacimiento conforme a su filiación natural será sancionado con libertad restringida o reclusión.</p> <p>Si la sustitución fuere realizada imprudentemente por el encargado de la identificación o custodia del niño será sancionado con libertad restringida.</p> | <p>Art. 409. <i>Sustitución de menor</i>. El que sustituyere <i>al menor</i> por otro poniendo en riesgo su identificación o la inscripción de su nacimiento conforme a su filiación natural será sancionado con libertad restringida o reclusión.</p> <p>Si la sustitución fuere realizada imprudentemente por el encargado de la identificación o <i>cuidado personal</i> del <i>menor</i> será sancionado con libertad restringida.</p> |

Justificación. Se propone la adaptación de los preceptos del Código Penal para que resulten coherentes con la Ley 20.680 que modificó el Código civil y otros cuerpos legales con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. Se propone adaptar ciertos preceptos teniendo presente la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ambos ratificados por Chile.

Por lo anterior, se propone modificar los términos de “*custodia*” por “*cuidado personal*”, ya que tras la Ley 20.680 dicho término es el que corresponde al progenitor que tiene reconocido el cuidado personal del menor en el hogar familiar.

Art. 413. *Atenuante*

Propuesta de Susana Espada, Profesora de Derecho Civil:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|---|---|
| <p>Art. 413. <i>Atenuante</i>. En el caso del inciso primero del artículo 410 el tribunal podrá tener por concurrente una atenuante muy calificada cuando se perpetrare el delito con el fin de favorecer mejores condiciones para el cuidado o protección del menor.</p> | <p>Art. 413. <i>Atenuante</i>. En el caso del inciso primero del artículo 410 el tribunal podrá tener por concurrente una atenuante muy calificada cuando se perpetrare el delito con el fin de favorecer mejores condiciones para el cuidado <i>personal</i> o protección del <i>interés superior del</i> menor.</p> |

Justificación. Se propone la adaptación de los preceptos del Código Penal para que resulten coherentes con la Ley 20.680 que modificó el Código civil y otros cuerpos legales con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. Se propone adaptar ciertos preceptos teniendo presente la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ambos ratificados por Chile.

Por ello se propone la inclusión del término “*interés superior del menor*”, pues tras la citada Ley 20.680 queda consolidado como principio rector en la toma de decisiones relevantes para la vida del menor.

Arts. 414-420. Cohecho, Soborno, Tráfico de influencias

Propuesta de Antonio Morales, Profesor de Derecho Público:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|--|--|
| <p>Art. 414. <i>Cohecho</i>. El funcionario público que en razón de su cargo solicitare o aceptare un beneficio indebido para sí o para un tercero será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa si hubiere aceptado el beneficio y con reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa si lo hubiere solicitado.</p> | <p>Art. 414. <i>Cohecho</i>. El funcionario público que en razón de su cargo solicitare o aceptare un beneficio <i>económico o de otra naturaleza</i> para sí o para un tercero será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa si hubiere aceptado el beneficio y con reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa si lo hubiere solicitado.</p> |
| <p>Art. 415. <i>Cohecho grave</i>. El funcionario público que solicitare o aceptare recibir un beneficio indebido para sí o para un tercero para omitir o ejecutar o por haber omitido o ejecutado una acción con infracción de los deberes de su cargo será sancionado con reclusión o prisión de 2 a 5 años y multa si hubiere aceptado el beneficio y con prisión de 2 a 5 años y multa si lo hubiere solicitado.</p> <p>Cuando la omisión o el acto para o por cuya ejecución se hubiere solicitado o aceptado el beneficio indebido fueren constitutivos de alguno de los restantes delitos previstos en este párrafo o en los párrafos 2 y 3 de este título y el funcionario público hubiere incurrido efectivamente en él se aplicarán las penas que correspondan según las reglas del concurso de delitos.</p> <p>Para los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior se entiende que también se acepta el beneficio que se recibe.</p> | <p>Art. 415. <i>Cohecho grave</i>. El funcionario público que solicitare o aceptare recibir un beneficio <i>económico o de otra naturaleza</i> para sí o para un tercero para omitir o ejecutar o por haber omitido o ejecutado una acción con infracción de los deberes de su cargo será sancionado con reclusión o prisión de 2 a 5 años y multa si hubiere aceptado el beneficio y con prisión de 2 a 5 años y multa si lo hubiere solicitado.</p> <p>Cuando la omisión o el acto para o por cuya ejecución se hubiere solicitado o aceptado el beneficio <i>indebido</i> fueren constitutivos de alguno de los restantes delitos previstos en este párrafo o en los párrafos 2 y 3 de este título y el funcionario público hubiere incurrido efectivamente en él se aplicarán las penas que correspondan según las reglas del concurso de delitos.</p> |

| | |
|---|---|
| | <p>Para los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior se entiende que también se acepta el beneficio que se recibe.</p> |
| <p>Art. 416. <i>Soborno</i>. El que ofreciere o aceptare dar a un funcionario público en razón de su cargo un beneficio indebido en provecho de éste o de un tercero será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa si hubiere aceptado dar el beneficio y con reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa si lo hubiere ofrecido.</p> <p>El que ofreciere o aceptare dar a un funcionario público un beneficio indebido en provecho de éste o de un tercero para que omitiere o ejecutare o por haber omitido o ejecutado una acción con infracción de los deberes de su cargo será sancionado con reclusión o prisión de 2 a 5 años y multa si hubiere aceptado dar el beneficio y con prisión de 2 a 5 años y multa si lo hubiere ofrecido. Si la acción u omisión fuere constitutiva de alguno de los restantes delitos previstos en este párrafo o en los párrafos 2 y 3 de este título, el funcionario público hubiere incurrido efectivamente en él y le cupiere responsabilidad al sobornante en virtud del soborno se aplicarán las reglas del concurso de delitos; en los demás casos se sancionará al hechor con la pena de prisión de 2 a 5 años y multa tratándose del beneficio consentido en dar a solicitud del funcionario público y con prisión de 3 a 7 años y multa tratándose del beneficio ofrecido de propia iniciativa.</p> <p>Para los efectos de lo dispuesto en este artículo se entiende que también se ofrece el beneficio que se da.</p> | <p>Art. 416. <i>Soborno</i>. El que ofreciere o aceptare dar a un funcionario público en razón de su cargo un beneficio <u>económico o de otra naturaleza</u> en provecho de éste o de un tercero será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa si hubiere aceptado dar el beneficio y con reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa si lo hubiere ofrecido.</p> <p>El que ofreciere o aceptare dar a un funcionario público un beneficio <u>económico o de otra naturaleza</u> en provecho de éste o de un tercero para que omitiere o ejecutare o por haber omitido o ejecutado una acción con infracción de los deberes de su cargo será sancionado con reclusión o prisión de 2 a 5 años y multa si hubiere aceptado dar el beneficio y con prisión de 2 a 5 años y multa si lo hubiere ofrecido. Si la acción u omisión fuere constitutiva de alguno de los restantes delitos previstos en este párrafo o en los párrafos 2 y 3 de este título, el funcionario público hubiere incurrido efectivamente en él y le cupiere responsabilidad al sobornante en virtud del soborno se aplicarán las reglas del concurso de delitos; en los demás casos se sancionará al hechor con la pena de prisión de 2 a 5 años y multa tratándose del beneficio consentido en dar a solicitud del funcionario público y con prisión de 3 a 7 años y multa tratándose del beneficio ofrecido de propia iniciativa.</p> <p>Para los efectos de lo dispuesto en este artículo se entiende que también se ofrece el beneficio que se da.</p> |
| <p>Art. 418. <i>Uso de información secreta o de acceso restringido</i>. El funcionario público que para obtener un beneficio económico para sí o para un tercero hiciere uso directa o indirectamente de la información a que se</p> | <p>Art. 418. <i>Uso de información secreta o de acceso restringido</i>. El funcionario público que para obtener un beneficio económico <u>o de otra naturaleza</u> para sí o para un tercero hiciere uso directa o indirectamente de la información a que se refieren los artículos 280</p> |

| | |
|---|---|
| <p>refieren los artículos 280 y 417 será sancionado con prisión de 1 a 3 años.</p> <p>La misma pena se impondrá al que habiéndose desempeñado como funcionario público hiciere uso directa o indirectamente de información secreta o de acceso restringido para obtener un beneficio económico para sí o para un tercero de la cual hubiere tenido conocimiento en razón de ese cargo.</p> | <p>y 417 será sancionado con prisión de 1 a 3 años.</p> <p>La misma pena se impondrá al que habiéndose desempeñado como funcionario público hiciere uso directa o indirectamente de información secreta o de acceso restringido para obtener un beneficio económico <i>o de otra naturaleza</i> para sí o para un tercero de la cual hubiere tenido conocimiento en razón de ese cargo.</p> |
| <p>Art. 419. <i>Tráfico de influencias de funcionario público.</i> El funcionario público que influyere en otro funcionario público prevaliéndose del poder que sobre éste le diere el ejercicio de las facultades de su cargo o cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con él o con otro funcionario público para obtener de él una decisión que directa o indirectamente pudiese generar un beneficio económico para sí o para un tercero será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa.</p> <p>Se tendrá por concurrente una agravante calificada o muy calificada concerniente al hecho cuando se obtuviere la decisión perseguida.</p> | <p>Art. 419. <i>Tráfico de influencias de funcionario público.</i> El funcionario público que influyere en otro funcionario público prevaliéndose del poder que sobre éste le diere el ejercicio de las facultades de su cargo o cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con él o con otro funcionario público para obtener de él una decisión que directa o indirectamente pudiese generar un beneficio económico <i>o de otra naturaleza</i> para sí o para un tercero será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa.</p> <p>Se tendrá por concurrente una agravante calificada o muy calificada concerniente al hecho cuando se obtuviere la decisión perseguida.</p> |
| <p>Art. 420. <i>Tráfico de influencias de particular.</i> El particular que influyere en un funcionario público prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público para conseguir una decisión que directa o indirectamente pudiese generar un beneficio económico para sí o para un tercero será sancionado con libertad restringida o reclusión y multa.</p> <p>Se tendrá por concurrente una agravante calificada o muy calificada concerniente al hecho cuando se obtuviere del funcionario la decisión perseguida.</p> | <p>Art. 420. <i>Tráfico de influencias de particular.</i> El particular que influyere en un funcionario público prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público para conseguir una decisión que directa o indirectamente pudiese generar un beneficio económico <i>o de otra naturaleza</i> para sí o para un tercero será sancionado con libertad restringida o reclusión y multa.</p> <p>Se tendrá por concurrente una agravante calificada o muy calificada concerniente al hecho cuando se obtuviere del funcionario la decisión perseguida.</p> |

Justificación. Los artículos indicados emplean la expresión ‘beneficio indebido’ para aludir al supuesto de hecho de la norma que tipifica los delitos de cohecho, cohecho grave y soborno

(artículos 414, 415 y 416, respectivamente). No obstante, el anteproyecto utiliza la categoría de 'beneficio económico' para caracterizar el supuesto de hecho de las normas contenidas en los artículos 418 a 420. Por otro lado, el proyecto de ley que modifica el Código Penal en lo referente a los delitos de cohecho y soborno (boletín 10739-07), aprobado en Comisión Mixta en octubre de 2018, emplea la expresión 'beneficio económico o de otra naturaleza' para caracterizar al supuesto de hecho de las normas que tipifican los delitos de cohecho y soborno. La recomendación consiste en sugerir la armonización de los términos aludidos, reemplazando para ello las expresiones del anteproyecto por aquella utilizada en el proyecto de ley recién indicado.

La utilización de los términos 'beneficio indebido' y 'beneficio económico' puede generar problemas de indeterminación jurídica que amplíen la discrecionalidad del intérprete operativo al momento de la aplicación de las disposiciones referidas: ¿'beneficio económico' y 'beneficio indebido' son conceptos coextensivos en cuanto a su significado? En caso negativo, ¿cuál(e)s sería(n) la(s) clase(s) de casos en que ambos conceptos no coincidirían? ¿existen beneficios lícitos 'no indebidos' obtenibles a partir de la instanciación de un comportamiento que de otra forma sería considerado como cohecho, cohecho grave o soborno? ¿Existen beneficios lícitos 'no económicos' obtenibles a partir de la instanciación de un comportamiento que de otra forma sería considerado como la hipótesis de hecho de alguna de las normas contenidas en los artículos 418, 419 y 420? La respuesta a las interrogantes planteadas determina la extensión de las conductas consideradas como punibles por las disposiciones contenidas en el anteproyecto; en relación a lo anterior, la armonización de los preceptos en cuestión por medio de perspectivas como la sugerida permite reducir el margen de indeterminación de las normas analizadas.

Art. 421. Prevaricación en procedimiento administrativo o disciplinario

Propuesta de Guillermo Jiménez, Profesor de Derecho Público:

(a) Primera propuesta:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|--|--|
| <p>Art. 421. <i>Prevaricación en procedimiento administrativo o disciplinario.</i> El funcionario público que en cualquier etapa de un procedimiento administrativo o disciplinario dictare una resolución agravante manifiestamente contraria a derecho o manifiestamente improcedente o la dictare en un asunto en el que le estuviere legalmente prohibido intervenir en razón de su interés o del interés de una persona cercana a él será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años, debiendo imponerse además inhabilitación perpetua para el ejercicio de una función o cargo público.</p> | <p>Art. 421. <i>Prevaricación en procedimiento administrativo o disciplinario.</i> El funcionario público que en cualquier etapa de un procedimiento administrativo o disciplinario dictare <u>un acto administrativo</u> manifiestamente contrari<u>o</u> a derecho o manifiestamente improcedente o <u>l<u>o</u></u> dictare en un asunto en el que le estuviere legalmente prohibido intervenir en razón de su interés o del interés de una persona cercana a él será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años, debiendo imponerse además inhabilitación perpetua para el ejercicio de una función o cargo público.</p> |

Justificación. Se recomienda eliminar la referencia al carácter agravante o gravoso de la resolución, considerando el juicio de valor negativo se mantiene en casos en que se trate de “actos administrativos favorables”, tales como autorizaciones, permisos o concesiones, dictados de manera manifiestamente contraria a derecho o manifiestamente improcedente o dictados en un asunto en el que le estuviere legalmente prohibido intervenir al funcionario respectivo.

(b) Segunda propuesta:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|---|--|
| Art. 421. <i>Prevaricación en procedimiento administrativo o disciplinario.</i> El funcionario público que en cualquier etapa de un procedimiento administrativo o disciplinario dictare una resolución agravante manifiestamente contraria a derecho o manifiestamente improcedente o la dictare en un asunto en el que le estuviere legalmente prohibido intervenir en razón de su interés o del interés de una persona cercana a él será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años, debiendo imponerse además inhabilitación perpetua para el ejercicio de una función o cargo público. | Art. 421. <i>Prevaricación en procedimiento administrativo o disciplinario.</i> El funcionario público que en cualquier etapa de un procedimiento administrativo o disciplinario dictare <i>un acto de gravamen</i> manifiestamente contrari <u>o</u> a derecho o manifiestamente improcedente o <i>lo</i> dictare en un asunto en el que le estuviere legalmente prohibido intervenir en razón de su interés o del interés de una persona cercana a él será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años, debiendo imponerse además inhabilitación perpetua para el ejercicio de una función o cargo público. |

Justificación. Por otro lado, y sin perjuicio de las observación anterior, se recomienda prestar atención a la regulación paralela en la Ley de Procedimiento Administrativo (LBPA) y la terminología dogmática desarrollado en ese contexto, en el siguiente sentido: En primer lugar, se sugiere reemplazar la expresión “resolución agravante” por la de acto de gravamen. En segundo lugar, se sugiere considerar que la regulación en la LBPA no expresa un juicio de valor negativo de la misma magnitud que la redacción propuesta por la Comisión. En efecto, el Art 12 LBPA indica que la concurrencia de la infracción de la prohibición de intervenir no acarrea necesariamente la nulidad, aunque si responsabilidad administrativa: “La actuación de autoridades y los funcionarios de la Administración en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido [...] La no abstención en los casos en que proceda dará lugar a responsabilidad”.

Art. 432. Denuncia o querrela falsa

Propuesta de Sophía Romero y Nathalie Walker, profesoras de Derecho Procesal:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|---|--|
| Art. 432. <i>Denuncia o querrela falsa.</i> El que ante una autoridad facultada para recibirla presentare denuncia o querrela por un delito | Art. 432. <i>Denuncia falsa.</i> El que ante una autoridad facultada para recibirla presentare denuncia <i>fundada en hechos inexistentes</i> será |

| | |
|---|--|
| inexistente será sancionado con libertad restringida y multa siempre que el hecho no fuere constitutivo de encubrimiento. | sancionado con libertad restringida y multa siempre que el hecho no fuere constitutivo de encubrimiento. |
|---|--|

Justificación. Se propone eliminar la referencia a “*querella*” en el art. 432 –tanto en el título como en el cuerpo del articulado propuesto-, además de aludir a hechos inexistentes, en lugar de “*delitos inexistentes*”, para hacer consistente el texto con lo dispuesto en el art. 174 del Código Procesal Penal.

Sin perjuicio de la existencia de este tipo penal en el anteproyecto, se observa la eventual transgresión del art. 25 de la Convención Americana de DD.HH. Conforme dicha normativa, toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. De este modo, si se sanciona penalmente la denuncia fundada en hechos falsos, podría considerarse que cualquier particular podría inhibirse de denunciar si no tiene claridad sobre la verdad de los hechos que son objeto de denuncia, cuando precisamente el objetivo de la denuncia es que tales hechos se investiguen para determinar si constituyen o no un delito que debe ser sancionado; para luego, evaluar la interposición de una querella criminal en la medida que los hechos que la fundan quedan acreditados fruto de la investigación.

Art. 433. Imputación falsa

Propuesta de Sophía Romero y Nathalie Walker, profesoras de Derecho Civil:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|--|---|
| <p>Art. 433. <i>Imputación falsa.</i> El que presentare una denuncia o querella o formulare una acusación particular por la cual imputare falsamente a otra persona un hecho determinado constitutivo de delito será sancionado:</p> <p>1° con prisión de 1 a 3 años si le imputare un hecho constitutivo de delito de acción penal pública;</p> <p>2° con libertad restringida o reclusión si el imputare un hecho constitutivo de delito de acción penal privada.</p> <p>El plazo de prescripción de la acción penal será de dos años y correrá desde que hubiere quedare firme la resolución a la cual se refiere el inciso anterior.</p> | <p>Art. 433. <i>Imputación falsa.</i> El que presentare una denuncia o querella o formulare una acusación particular por la cual imputare falsamente a otra persona un hecho determinado constitutivo de delito será sancionado:</p> <p>1° con prisión de 1 a 3 años si le imputare un hecho constitutivo de delito de acción penal pública;</p> <p>2° con libertad restringida o reclusión si el imputare un hecho constitutivo de delito de acción penal privada.</p> <p>El plazo de prescripción de la acción penal será de dos años y correrá desde que hubiere quedare firme la resolución a la cual se refiere el inciso anterior.</p> |

| | |
|---|---|
| El tribunal hará publicar, a costa del condenado, un extracto de la sentencia condenatoria. | El tribunal hará publicar, a costa del condenado, un extracto de la sentencia condenatoria. |
|---|---|

Justificación. Se sugiere la supresión en el texto del art. 433, la referencia a “denuncia”, ya que en términos formales, la querrela o acusación particular es la única que constituye ejercicio de acción penal, en donde se confieren derechos derivados de la calidad de parte al sujeto.

Art. 437. Liberación de personas privadas de libertad

Propuesta de Sophía Romero y Nathalie Walker, profesoras de Derecho Procesal:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|---|--|
| <p>Art. 437. <i>Liberación de personas privadas de libertad.</i> El que liberare a una persona detenida o encerrada en cumplimiento de una pena privativa de libertad, de una medida cautelar personal, de una medida de apremio o de una medida de internación, o la auxiliare a fugarse será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años.</p> <p>El funcionario público a cargo de la custodia o conducción de la persona detenida o encerrada que la liberare, la auxiliare a fugarse u omitiere impedir que recupere su libertad será sancionado con prisión de 1 a 3 años. En caso de imprudencia la pena será libertad restringida o reclusión además de la inhabilitación para el ejercicio de una función o cargo público.</p> | <p>Art. 437. <i>Liberación de personas privadas de libertad.</i> El que liberare a una persona detenida o encerrada en cumplimiento de una pena privativa de libertad, de una medida cautelar personal, de una medida de apremio o de una medida de internación, o la auxiliare a fugarse será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años.</p> <p><i>El sujeto</i> a cargo de la custodia o conducción de la persona detenida o encerrada que la liberare, la auxiliare a fugarse u omitiere impedir que recupere su libertad será sancionado con prisión de 1 a 3 años. En caso de imprudencia la pena será libertad restringida o reclusión además de la inhabilitación para el ejercicio de una función o cargo público.</p> |

Justificación. Se sugiere sustituir la referencia “funcionario público” por la de sujeto, ya que el art. 129 del Código Procesal Penal contempla la posibilidad de detención de cualquier persona en caso de delito flagrante.

Sin perjuicio de ello, convendría hacer un análisis de fondo si es pertinente sancionar penalmente a los particulares por este tipo penal, o sólo a quien cumple una función pública, o más general, a quien está en posición de garante del bien jurídico comprometido.

Art. 442. Falso testimonio y prueba falsa en procedimiento judicial no contencioso o administrativo

Propuesta de Sophía Romero y Nathalie Walker, profesoras de Derecho Procesal:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|--|---|
| <p>Art. 442. <i>Falso testimonio y prueba falsa en procedimiento judicial no contencioso o administrativo.</i> El que ejecutare cualquiera de las acciones descritas en los artículos 440 o 441 al intervenir en un procedimiento judicial no contencioso o en un procedimiento administrativo cuyo objeto fuere reconocer o constituir derecho o establecer responsabilidades será sancionado:</p> <p>1° con reclusión o prisión de 1 a 2 años si el hecho se perpetrare en un procedimiento cuyo objeto fue perseguir una infracción y sancionar a los responsables de ésta:</p> <p>2° Con libertad restringida o reclusión en los demás casos.</p> <p>Se impondrá además inhabilitación para el ejercicio de la profesión al abogado que perpetrare o fuere responsable de acuerdo a este código por alguno de los hechos previstos en este artículo.</p> | <p>Art. 442. <i>Falso testimonio y prueba falsa en procedimiento judicial no contencioso o administrativo.</i> El que ejecutare cualquiera de las acciones descritas en los artículos 440 o 441 al intervenir en un procedimiento judicial no contencioso o en un procedimiento administrativo cuyo objeto fuere reconocer o constituir derecho o establecer responsabilidades será sancionado:</p> <p>1° con reclusión o prisión de 1 a 2 años si el hecho se perpetrare en un procedimiento cuyo objeto fue perseguir una infracción y sancionar a los responsables de ésta:</p> <p>2° Con libertad restringida o reclusión en los demás casos.</p> <p>Se impondrá además inhabilitación temporal o perpetua para el ejercicio de la profesión al abogado que perpetrare o fuere responsable de acuerdo a este código por alguno de los hechos previstos en este artículo.</p> |

Justificación. Se busca precisar la extensión de la inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogado que incurriere en las conductas típicas descritas.

Art. 443. *Retractación oportuna*

Propuesta de Sophía Romero y Nathalie Walker, profesoras de Derecho Procesal:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|--|--|
| <p>Art 443. <i>Retractación oportuna.</i> La retractación oportuna en relación con un hecho previsto en los artículos 432, 433, 434, 438, 440, 441 o 442 constituirá una atenuante calificada o muy calificada.</p> <p>Retractación oportuna es aquella que tiene lugar:</p> <p>1° en el caso de los artículos 432 y 433 antes de que se adoptare una medida judicial que afectare los derechos de una persona y antes del término del procedimiento;</p> <p>2° en el caso de los artículos 440, 441 y 442 antes de que se dicte una resolución judicial</p> | <p>Art 443. <i>Retractación oportuna.</i> La retractación oportuna en relación con un hecho previsto en los artículos 432, 433, 434, 438, 440, 441 o 442 constituirá una atenuante calificada o muy calificada.</p> <p>Retractación oportuna es aquella que tiene lugar:</p> <p>1° en el caso de los artículos 432 y 433 antes de que se adoptare una medida judicial que afectare los derechos de una persona y antes del término del procedimiento;</p> <p>2° en el caso de los artículos 440, 441 y 442 antes de que se dicte una resolución judicial</p> |

| | |
|--|---|
| <p>en la cual el hecho hubiere podido tener incidencia.</p> <p>La retractación que no fuere oportuna en los términos del inciso precedente constituirá una atenuante o una atenuante calificada cuando aun así contribuyere a evitar un perjuicio significativamente mayor para una persona o para la acción de la justicia.</p> | <p>en la cual el hecho hubiere podido tener incidencia.</p> <p><i>Aún</i> la retractación que no fuere oportuna en los términos del inciso precedente constituirá una atenuante o una atenuante calificada cuando contribuyere a evitar un perjuicio significativamente mayor para una persona o para la acción de la justicia.</p> |
|--|---|

Justificación. Se busca mejorar la comprensión de la disposición.

Art. 446. Prevaricación del abogado

Propuesta de Sophía Romero y Nathalie Walker, profesoras de Derecho Procesal:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|---|--|
| <p>Art. 446. <i>Prevaricación de abogado.</i> El abogado que con grave infracción a los deberes de su profesión perjudicare a su cliente será sancionado con libertad restringida o reclusión y multa, debiendo imponerse además inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogado.</p> <p>Si el hecho previsto en el inciso anterior fuere perpetrado por un defensor en un proceso penal, la pena será reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa, debiendo imponerse además inhabilitación perpetua para el ejercicio de la profesión de abogado.</p> <p>El abogado que teniendo o habiendo tenido el patrocinio o la representación de un cliente en un procedimiento judicial o administrativo contencioso patrocinare o representare a una parte con intereses incompatibles en el mismo asunto será sancionado con libertad restringida o reclusión y multa, debiendo imponerse además inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogado.</p> <p>Para los efectos de lo dispuesto en el inciso precedente se entenderá en todo caso que no hay incompatibilidad de intereses si las dos o más partes que fueren o hubieren sido</p> | <p>Art. 446. <i>Prevaricación de abogado.</i> El abogado que con grave infracción a los deberes de su profesión perjudicare a su cliente será sancionado con libertad restringida o reclusión y multa, debiendo imponerse además inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogado.</p> <p>Si el hecho previsto en el inciso anterior fuere perpetrado por un defensor en un proceso penal, la pena será reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa, debiendo imponerse además inhabilitación perpetua para el ejercicio de la profesión de abogado.</p> <p>El abogado que teniendo o habiendo tenido el patrocinio o la representación de un cliente en un procedimiento judicial o administrativo <i>contencioso</i> patrocinare o representare a una parte con intereses incompatibles en el mismo asunto será sancionado con libertad restringida o reclusión y multa, debiendo imponerse además inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogado.</p> <p>Para los efectos de lo dispuesto en el inciso precedente se entenderá en todo caso que no hay incompatibilidad de intereses si las dos o más partes que fueren o hubieren sido</p> |

| | |
|---|---|
| patrocinadas o representadas por un mismo abogado hubieren consentido a ello. | patrocinadas o representadas por un mismo abogado hubieren consentido a ello. |
|---|---|

Justificación. Se sugiere suprimir la expresión “*contencioso*” del tercer inciso, ya que dicha categoría para caracterizar la actividad decisoria del Estado (sea jurisdiccional o administrativa), carece de importancia en la actualidad. Adicionalmente, más que aclarar el texto, lo oscurece, ya que pareciera distinguir implícitamente entre asuntos administrativos contenciosos y no contenciosos, categoría que no existe.

Art. 447. Lavado de bienes

Propuesta de Marcos Contreras, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|--|--|
| <p>Art. 447. <i>Lavado de bienes.</i> El que de cualquier modo ocultare o disimulare el origen ilícito de bienes provenientes de la perpetración de un delito, ocultare esos bienes o pusiere en riesgo su incautación y comiso será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa. La pena será prisión de 1 a 5 años y multa cuando el hecho se perpetrare mediante una organización y un procedimiento diseñados especialmente para su ejecución habitual.</p> <p>El que recibiere o adquiriere bienes provenientes de la perpetración de un delito será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 2 años y multa. Si los bienes se hubieren recibido o adquirido para transferirlos a título oneroso la pena será reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa.</p> <p>[...]</p> | <p>Art. 447. <i>Lavado de bienes</i> El que de cualquier modo ocultare o disimulare el origen ilícito de bienes provenientes de la perpetración de un delito, ocultare esos <i>bienes</i> o pusiere en riesgo su incautación y comiso será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa. La pena será prisión de 1 a 5 años y multa cuando el hecho se perpetrare mediante una organización y un procedimiento diseñados especialmente para su ejecución habitual.</p> <p>El que, <i>con conocimiento de su origen,</i> recibiere o adquiriere bienes provenientes de la perpetración de un delito será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 2 años y multa. Si los bienes se hubieren recibido o adquirido para transferirlos a título oneroso la pena será reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa.</p> <p>[...]</p> |

Justificación. Se elimina la hipótesis de ocultación del bien mismo. La lógica del lavado discurre sobre la base de la introducción de los bienes contaminados al circuito económico-financiero. Cuando se oculta el bien proveniente de la comisión de un delito previo no hay introducción del bien a dicho circuito, eso solo ocurre cuando lo que se oculta es el origen del bien y no el bien mismo. El injusto propio del lavado solo se verifica en la hipótesis de ocultación del origen. La ocultación del bien mismo es una hipótesis que calza más con la lógica del encubrimiento.

Se agrega además la mención expresa de que el denominado “tipo de contacto” requiere el conocimiento del origen ilícito por parte de quien adquiriere o recibiere el bien.

Art. 453. Coacción grave a funcionario público

Propuesta de Guillermo Jiménez, Profesor de Derecho Público:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|---|---|
| Art. 453. <i>Coacción grave a funcionario público.</i> Se tendrá por concurrente una agravante muy calificada concerniente al hecho cuando el hecho previsto en el artículo 452 fuere perpetrado contra el Contralor General de la República, un consejero del Banco Central, un intendente regional, un juez, un fiscal judicial o un fiscal del Ministerio Público. | Art. 453. <i>Coacción grave a funcionario público.</i> Se tendrá por concurrente una agravante muy calificada concerniente al hecho cuando el hecho previsto en el artículo 452 fuere perpetrado contra el Contralor General de la República, <i>el Subcontralor</i> , un consejero del Banco Central, un intendente regional, un juez, un fiscal judicial o un fiscal del Ministerio Público. |

Justificación. Se recomienda incorporar al Subcontralor entre los sujetos pasivos de este delito. La razón de esta adición es tanto que este funcionario reemplaza al Contralor General de la República (Art 2 y 27 Ley 10.336), como que actúa como juez del tribunal de cuentas (Art 118).

Art. 461. Maltrato de animal

Propuesta de Javier Gallego, Profesor de Derecho Constitucional y Ética Profesional:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|--|---|
| Art. 461. <i>Maltrato de animal.</i> El que sin razón suficiente infligiere grave dolor o sufrimiento a un animal vertebrado o a un cefalópodo será sancionado con libertad restringida o reclusión. | Art. 461. Maltrato de animal. El que sin razón suficiente infligiere grave dolor o sufrimiento, <i>o ejecutare actos de abuso sexual o acceso carnal</i> a un animal vertebrado o a un cefalópodo será sancionado con libertad restringida o reclusión, <i>pudiendo el juez imponer además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con animales y para su tenencia, así la como inhabilitación para la convivencia con ellos en el mismo domicilio.</i> <i>El abandono de un animal de compañía será considerado maltrato, en los términos del inciso primero. Si del abandono resultare la muerte del animal, el acto será considerado maltrato grave.</i> |

Justificación. Se propone tener en consideración el proyecto de ley que “Modifica diversos cuerpos legales relativos a delitos que afectan a los animales para otorgarles una efectiva

protección en materia penal” (Boletín 10895-07) (conocido popularmente como “Ley Cholito” y preparado con el apoyo y asesoría de organizaciones animalistas chilenas).

Al menos dos cuestiones que dicho proyecto contempla podrían considerarse para una eventual modificación del delito de maltrato animal propuesto:

a) La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con animales y para su tenencia, así la como inhabilitación para la convivencia con ellos en el mismo domicilio, que el proyecto mencionado contempla como pena accesoria al delito de maltrato – que en los términos del art. 291 bis CP vigente consiste en “cometer actos de maltrato o crueldad” (y que el Anteproyecto, en su artículo 461 redefine, de modo mucho más preciso, como el acto de infligir “grave dolor o sufrimiento a un animal”) –. La pena accesoria, así definida, es mucho más intensa, pero a la vez más precisa, que la pena de “inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de cualquier tipo de animales” que ya contempla el art. 291 bis CP vigente (pero que el Anteproyecto descarta); esto pues la “tenencia de animales” solo se materializa, en el marco de la legislación sobre tenencia responsable de mascotas chilena, con la inscripción de una mascota en el registro correspondiente (art. 10 Ley 21020).

b) La inclusión de una hipótesis de abuso sexual u otro acto lesivo de la indemnidad sexual del animal, expandiendo el ámbito de protección de la integridad corporal del animal a su integridad sexual. El proyecto de ley antes mencionado contempla esta hipótesis de modo impreciso en el inciso segundo del artículo 291 ter propuesto, que reza: “Será considerado maltrato o crueldad animal el abuso sexual, así como también su facilitación, inducción, promoción o comercialización.”

Como cuestión adicional, se propone clarificar el estatus de la acción de abandono de animal. El proyecto de ley antes mencionado pretende clarificar dicho estatus configurando un delito autónomo de abandono de animal (Artículo 291 quinquies.- “El que abandonare a un animal de compañía, doméstico o amansado, será castigado [...]”). La cuestión importa, en consideración a la equiparación que hace el art. 12 de la ley 21020 entre abandono y maltrato. La regla establece en su inciso primero: “El abandono de animales será considerado maltrato y crueldad animal y será sancionado de acuerdo a lo establecido en el artículo 291 bis del Código Penal.” Ni el art. 291 quinquies que se incluye en el proyecto de ley mencionado ni el art. 12 de la ley 21020 contempla una diferencia, como sí lo hace, por ejemplo, el derecho español, entre abandono con consecuencias lesivas para el animal, y abandono sin consecuencias lesivas ulteriores para el animal (este régimen diferenciado es conocido en el derecho penal chileno, por cierto, en la regulación penal del abandono de niños y personas desvalidas, como lo establece el art. 348 respecto del tipo base del art. 346 CP. El delito de abandono de animal podría incorporar un régimen similar). De este modo, la remisión que el art. 12 de la ley 21020 hace al delito de maltrato debiera entenderse hecha al tipo base del art. 461 del Anteproyecto y no a las figuras calificadas (de muerte y maltrato reiterado al animal), del art. 462, independientemente del hecho de que el abandono tenga como resultado, por ejemplo, la muerte del animal. El tipo penal podría intentar clarificar la cuestión, o bien optar por un tipo autónomo de abandono de animal.

Art. 481. *Entrada y salida fraudulenta del territorio*

Propuesta de Mayra Feddersen, Profesora de Derecho Administrativo:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|---|-------------------------------|
| <p>Art. 481. <i>Entrada y salida fraudulenta del territorio</i>. El que ingresare al territorio de la República de Chile o intentare salir de él valiéndose de un documento de identidad o de viaje falso o faltando a la verdad en la información requerida por la autoridad para autorizar el ingreso o la salida será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años.</p> <p>Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será libertad vigilada, reclusión o prisión de 1 a 2 años.</p> <p>Lo dispuesto en este artículo no será aplicable respecto del extranjero que obtuviere asilo de acuerdo con la ley. Si hubiere solicitado sin éxito el asilo el tribunal podrá prescindir de la pena cuando la solicitud denegada hubiere tenido un fundamento plausible.</p> | <p><u>Eliminar</u></p> |

Justificación. Las indicaciones que presentó el Presidente Sebastián Piñera al proyecto de ley de migración y extranjería (Boletín 8970-06) el 13 de marzo de 2018 derogan los artículos 68 y 69 de la ley de extranjería (decreto ley 1094 de 1975), despenalizando el ingreso y el egreso clandestino. En su lugar proponen una pena de multa de 50 unidades tributarias mensuales (art. 106). En la indicación, el uso de documentos falsos o la falta a la verdad es un impedimento de ingreso imperativo (art. 26), o una causal de rechazo o revocación de visa (artículos 80 y 81).

En relación con el caso del solicitante de refugio, la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 señala que los Estados no podrán imponer sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegal (artículo 31) (convención que entró en vigor en Chile el 25 de abril de 1972). Esta norma ha sido recogida en el artículo 6 de la ley 20.430 que establece disposiciones sobre protección de refugiados.

Las indicaciones agregaron un nuevo artículo en la sección de principios, en el párrafo de objetivos, referido a la no criminalización de la inmigración regular. Conforme al artículo 8 de la indicación “*la migración irregular, no es, por si misma, constitutiva de delito.*”

Art. 482. *Entrada o permanencia ilícita de extranjero*

Propuesta de Mayra Feddersen, Profesora de Derecho Administrativo:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|--|-------------------------------|
| <p>Art. 482. <i>Entrada o permanencia ilícita de extranjero.</i> Será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años el extranjero que:</p> <p>1° ingresare al territorio nacional habiendo sido expulsado, devuelto o retornado;</p> <p>2° hiciere uso de un documento de identidad o de viaje falso durante su permanencia en el territorio nacional.</p> <p>Con la misma pena será sancionado el que auxiliare al extranjero que no fuere residente permanente para permanecer en el territorio chileno sin cumplir los requisitos legales facilitándole un documento de viaje o identidad falso.</p> | <p><u>Eliminar</u></p> |

Justificación. Se reiteran las mismas razones expuestas respecto del art. 481. El ingreso con documentos falso es un impedimento de ingreso. Además, de advertirlo con posterioridad, la autoridad puede rechazar o revocar la visa. Los rechazos y revocaciones se imponen con orden de abandono voluntaria del país y con expulsión en caso de que no cumpla dicha orden. En ningún caso se prevé sanción de cárcel.

Ni la ley de extranjería ni las indicaciones contemplan la situación del tercero que auxilie al extranjero en la obtención de documentos falsos. La única hipótesis más cercana (aunque distinta) es la posibilidad que prevé la ley de extranjería de sancionar con pena de multa a los particulares que dieren alojamiento a extranjeros en situación irregular.

Art. 483. Tráfico de personas

Propuesta de Mayra Feddersen, Profesora de Derecho Administrativo:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|---|--|
| <p>Art. 483. <i>Tráfico de personas.</i> El que con ánimo de lucro para sí o para un tercero facilitare la entrada ilegal al territorio chileno de un extranjero que no fuere residente permanente o la salida ilegal de una persona será sancionado con prisión de 1 a 5 años y multa.</p> <p>Se tendrá por concurrente una agravante calificada o muy calificada concerniente al hecho cuando:</p> <p>1° se pusiere al migrante en peligro grave para su persona;</p> | <p>Art. 483. <i>Tráfico de <u>migrantes</u>.</i> El que con ánimo de lucro para sí o para un tercero <u>facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será sancionado con prisión de 1 a 5 años y multa.</u></p> <p><u>Si se pusiere en peligro la vida del afectado o si éste fuere menor de edad, se tendrá por concurrente una agravante calificada o muy calificada concerniente al hecho.</u></p> |

| | |
|--|--|
| 2° se diere al migrante un trato cruel, inhumano o degradante. | |
|--|--|

Justificación. Se propone mantener intactas (en lo que fuere aplicable) las modificaciones introducidas por la ley 20.507 al Código Penal. Se trata de normas que ya pasaron por una discusión legislativa y fueron aprobadas, no hay razón para modificarlas. Además, que en lo sustantivo no alteran la propuesta que se efectúa. Habría que concordarlas con los cambios que se hacen a otros numerales, en la parte que se refieren a éstos.

Art. 485. Contaminación ambiental.

Propuesta de Marcos Contreras, Profesor de Derecho Penal:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|--|---|
| <p>Art. 485. <i>Contaminación ambiental.</i> Será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años el que contraviniendo una norma de emisión o de calidad ambiental incumpliendo las medidas establecidas en un plan de prevención, de descontaminación o de manejo ambiental, incumpliendo una resolución de calificación ambiental, las condiciones asociadas al otorgamiento de alguna autorización de carácter ambiental o sin haber sometido su actividad a una evaluación de impacto ambiental o sin haber obtenido una autorización de carácter ambiental estando obligado a ello:</p> <p>1° vertiere sustancias contaminantes en aguas marítimas o continentales;</p> <p>2° extrajere aguas continentales, sean superficiales o subterráneas;</p> <p>3° vertiere o depositare sustancias contaminantes en el suelo o subsuelo, continental o marítimo;</p> <p>4° extrajere tierras del suelo o subsuelo;</p> <p>5° liberare sustancias contaminantes al aire.</p> <p>Lo dispuesto en el número 5° no será aplicable respecto de las emisiones provenientes de vehículos sujetos a inscripción en el Registro Nacional de Vehículos Motorizados y de sistemas de calefacción o refrigeración domésticos.</p> | <p>Art. 485. <i>Contaminación ambiental</i> <u>y extracciones ilegales.</u> Será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años el que contraviniendo una norma de emisión o de calidad ambiental incumpliendo las medidas establecidas en un plan de prevención, de descontaminación o de manejo ambiental, incumpliendo una resolución de calificación ambiental, las condiciones asociadas al otorgamiento de alguna autorización de carácter ambiental, <u>las medidas asociadas a una declaración de zona de escasez</u> o sin haber sometido su actividad a una evaluación de impacto ambiental o sin haber obtenido una autorización de carácter ambiental estando obligado a ello:</p> <p>1° vertiere sustancias contaminantes en aguas marítimas o continentales;</p> <p>2° extrajere aguas continentales, sean superficiales o subterráneas;</p> <p>3° vertiere o depositare sustancias contaminantes en el suelo o subsuelo, continental o marítimo;</p> <p>4° extrajere tierras del suelo o subsuelo;</p> <p>5° liberare sustancias contaminantes al aire.</p> <p>Lo dispuesto en el número 5° no será aplicable respecto de las emisiones provenientes de vehículos sujetos a inscripción en el Registro Nacional de</p> |

| | |
|--|--|
| Si el hecho previsto en el inciso primero fuere perpetrado imprudentemente la pena será multa. | Vehículos Motorizados y de sistemas de calefacción o refrigeración domésticos. Si el hecho previsto en el inciso primero fuere perpetrado imprudentemente la pena será multa. |
|--|--|

Justificación. El problema que exige enmiendas lo plantea la hipótesis del numeral 2ª, la extracción de aguas y la 4º, la extracción de tierras.

Ambas hipótesis obligan a replantearse el título del artículo. En efecto las hipótesis de extracción de aguas y tierras no se deja describir como hipótesis de contaminación ambiental, la que se caracteriza por una afectación cualitativa del respectivo elemento del medio ambiente. Las hipótesis de extracción, en cambio, discurren sobre una afectación cuantitativa del medio ambiente. Es por ello que el título del artículo pasa a llamarse “Contaminación y extracciones ilegales”.

En segundo lugar, la hipótesis del numeral 2 no encuentra correlato en el primer párrafo con la normativa ambiental sectorial allí reseñada. La infracción de ninguna de dichas normas es el presupuesto relevante de una extracción de aguas constitutiva de delito. Es por eso que se agregan las normas pertinentes.

Art. 517. *Prácticas indebidas de asistencias a la procreación*

Propuesta de Verónica Undurraga, Profesora de Derecho Constitucional:

| Artículo Observado | Propuesta de modificación |
|--|---|
| <p>Art. 517. <i>Prácticas indebidas de asistencias a la procreación.</i> Será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa:</p> <p>1º el que fecundare extrauterinamente un óvulo humano con un propósito distinto del de asistir a la gestación del embrión resultante de la fecundación;</p> <p>2º el que fecundare extrauterinamente un óvulo humano sin el consentimiento de quienes hubieren proveído los gametos empleados en la fecundación;</p> <p>3º el que transfiriere a una mujer embriones fecundados deliberadamente con la misma información genética que otro embrión o feto humano o de un ser humano nacido, vivos o muertos;</p> <p>4º el que transfiriere a una mujer híbridos formados con material genético proveniente de distintas especies.</p> | <p>Art. 517. <i>Prácticas indebidas de <u>fecundación y de transferencia de embriones y material genético.</u></i> Será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa:</p> <p>1º el que fecundare extrauterinamente un óvulo humano con un propósito distinto del de asistir a la gestación del embrión resultante de la fecundación;</p> <p>2º el que fecundare extrauterinamente un óvulo humano sin el consentimiento de quienes hubieren proveído los gametos empleados en la fecundación;</p> <p>3º el que transfiriere a una mujer embriones fecundados deliberadamente con la misma información genética que otro embrión o feto humano o de un ser humano nacido, vivos o muertos;</p> |

| | |
|--|---|
| | 4° el que transfiriere a una mujer híbridos formados con material genético proveniente de distintas especies. |
|--|---|

Justificación. El nombre del delito es inapropiado. Las conductas no son de asistencia a la procreación. En el primer caso no hay procreación involucrada. En los otros casos, el título sugiere que se pretende ayudar a alguien a procrear, en circunstancias en que son hipótesis en que probablemente se ha vulnerado la voluntad de la gestante.

Art. 562. Manipulación de los cómputos electorales.

Propuesta de Rodrigo Correa y Samuel Tschorne, profesores de Derecho Constitucional:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|---|--|
| Art. 562. <i>Manipulación de los cómputos electorales.</i> El que siendo responsable del ingreso de la información sobre el escrutinio de los votos a los sistemas informáticos de cómputo de datos electorales destruyere, alterare u omitiere ingresar uno o más datos o ingresare datos que contuvieren información falsa será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años. | Art. 562. <i>Manipulación de los cómputos electorales.</i> El que siendo responsable del ingreso de la información sobre el escrutinio de los votos a los sistemas informáticos de cómputo oficial de datos electorales destruyere, alterare u omitiere ingresar uno o más datos o ingresare datos que contuvieren información falsa será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años. |

Justificación. Se trata solo de una corrección de estilo.

Art. 564. Financiamiento ilícito.

Propuesta de Rodrigo Correa y Samuel Tschorne, profesores de Derecho Constitucional:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|--|---|
| Art. 564. <i>Financiamiento ilícito.</i> Será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa: 1° el que directa o indirectamente efectuare u obtuviere aportes a una campaña electoral o efectuare u obtuviere aportes a partidos políticos provenientes de una persona jurídica; 2° el que en una misma campaña electoral efectuare aportes que excedieren los límites establecidos por la ley; | Art. 564. <i>Financiamiento ilícito.</i> Será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa: 1° el que directa o indirectamente efectuare aportes provenientes de una persona jurídica a una campaña electoral o partido político; 2° el que obtuviera dichos aportes; 3° el que en una misma campaña electoral efectuare aportes que excedieren los límites establecidos por la ley; |

| | |
|--|--|
| 3° el que efectuare aportes a partidos políticos que excedieren los límites establecidos por la ley. | 4° el que efectuare aportes a partidos políticos que excedieren los límites establecidos por la ley. |
|--|--|

Justificación. Se trata solo de una corrección de estilo.

Art. 572. Definición

Propuesta de Rodrigo Correa y Samuel Tschorne, profesores de Derecho Constitucional:

| Artículo observado | Propuesta de modificación |
|---|---|
| Art. 572. <i>Definición.</i> Se entenderá que toda mención a elecciones o procedimientos eleccionarios en este párrafo se refiere a los plebiscitos, a las elecciones de Presidente de la República, de parlamentarios, de alcaldes y concejales, de consejeros regionales y de rector de una universidad del Estado. También se la entenderá referida a las elecciones primarias para la nominación de candidatos a Presidente de la República, parlamentarios y alcaldes, en tanto fueren aplicables a ellas las mismas reglas conforme a la regulación respectiva. | Art. 572. <i>Definición.</i> Se entenderá que toda mención a elecciones o procedimientos eleccionarios en este párrafo se refiere a los plebiscitos, a las elecciones de Presidente de la República, de parlamentarios, <u>de gobernadores regionales,</u> de alcaldes y concejales <u>y</u> de consejeros regionales <u>y de rector de una universidad del Estado.</u> También se la entenderá referida a las elecciones primarias para la nominación de candidatos a Presidente de la República, parlamentarios y alcaldes, en tanto fueren aplicables a ellas las mismas reglas conforme a la regulación respectiva. |

Justificación. Se incorpora la elección de gobernadores regionales. La incorporación se justifica por cuanto la ley de reforma constitucional 20.990 creó la autoridad de gobernador regional como cargo electivo.

Se excluye la elección de rectores de universidades del Estado. Estas elecciones no constituyen una manifestación de la voluntad del pueblo. Su inclusión no corresponde al epígrafe del párrafo (que codifica delitos contra la voluntad del pueblo) ni encuentra justificación racional.

Comentarios adicionales

Comentario de Verónica Undurraga, Profesora de Derecho Constitucional:

En relación con el Art. 213. Femicidio y homicidio por odio. Falta la tipificación de un delito equivalente, pero diferente al femicidio, que incluya el homicidio de parejas o ex parejas del mismo sexo.

En relación con el Art. 217. Eutanasia. Sorprende que no haya ninguna calificación al tipo de sufrimiento, por lo que un sufrimiento grave que no puede ser evitado por un período (ej., un

mes), pero cuyo pronóstico es que la condición tiene total mejoría y el sufrimiento va a pasar después de aquel período, caería en la hipótesis de eutanasia. Dudo que esta haya sido la intención de los redactores.

Aún cuando hay una referencia a otra ley, me parece que la regulación penal respecto de menores necesita más requisitos que aseguren un apoyo al niño o niña en el proceso de consentimiento informado.

Comentario de Susana Espada, Profesora de Derecho Civil:

En relación con el Art. 246. *Sustracción de persona menor de edad perpetrada por pariente.* Se propone reflexionar sobre la edad de doce años para la consideración de menor susceptible de sustracción, teniendo presente el concepto de menor susceptible de protección de la Convención de Derechos del Niño.

Comentario de Felipe de la Fuente, Profesor de Derecho Penal:

En relación con los Arts. 261-270. *Delitos contra la libertad sexual.* Entre las innovaciones que constituyen claros avances o mejoras a la legislación existente, cabe contar las siguientes.

a) Se distingue, semántica y valorativamente, entre penetración genital y penetración no genital.

Esta distinción es preferible a la que trazan los actuales artículos 361 y 365 bis entre “acceso carnal”, por una parte, e “introducción de objetos” y “empleo de animales”, por la otra, tanto desde el punto de vista terminológico como taxonómico, puesto que de ese modo se delimitan las dos categorías señaladas en función de un mismo factor (presente en una y ausente en la otra), y de paso se aclara el estatus de la introducción de dedos u otras porciones corporales en el cuerpo de la víctima.

También es acertado que la penetración no genital en el ano o la vagina de la víctima esté prevista como una modalidad calificada de acción sexual, como asimismo que de esa hipótesis se excluya la penetración bucal, corrigiendo así la grave sobreinclusión en que incurre el actual a. 365 bis.

Asimismo, me parece correcto que la penetración no genital reciba un castigo menos severo que la penetración genital, separándose en esto también de la regulación vigente.

b) Se amplía la hipótesis de “incapacidad para oponerse” como modo comisivo de estos delitos en relación con personas de cualquier edad, para abarcar también los casos en que la víctima enfrenta una “grave dificultad” para resistir.

c) Tratándose de las acciones que afectan a menores de edad, se incluye la hipótesis de abuso de la necesidad económica de la víctima como una situación diferente del “desamparo”.

d) En relación con esa misma clase de víctimas, se reemplaza la hipótesis de “inexperiencia o ignorancia sexual” por la de “falta de madurez para comprender el significado de la acción o para oponerse a su realización”

e) Se reordena el panorama de las figuras sexuales utilizando como eje de su definición no la clase de acción sexual realizada, sino la forma que adopta el atentado contra la libertad de la víctima. Con todo, eso se realiza sin dejar de considerar la distinta gravedad de los actos sexuales que el autor logra realizar lesionando la libertad de la víctima.

Comentario de Javier Gallego, Profesor de Derecho Constitucional y de Ética Profesional

En relación con el Art. 280. Revelación de información confidencial y el Art. 445. Violación de secreto procesal.² Se ofrece un breve comentario a los delitos de revelación de información confidencial y violación de secreto procesal, pero solo en lo que respecta al abogado como destinatario de las prohibiciones. Consecuentemente, el delito de “prevaricación de abogado” del art. 446 ACP puede considerarse el tipo nuclear y las normas que castigan la revelación de información confidencial como extensiones de un programa de reforzamiento punitivo a deberes profesionales del abogado.

Lo anterior es importante, porque si bien el delito de prevaricación del art. 446 ACP presenta un interés natural para la dogmática penal por las modificaciones que propone, respecto del tipo penal vigente (arts. 231 y 232) del Código Penal, los delitos sobre violación de confidencialidad o revelación de secretos constituyen la innovación más importante a este respecto. Esto es cierto al menos del delito de revelación de información confidencial del art. 280 ACP, que refuerza punitivamente (en la hipótesis del n° 2 del artículo) el quebrantamiento del deber profesional de confidencialidad. Este es el deber de confidencialidad que tiene quien ejerce “una profesión cuyo título se encontrare legalmente reconocido y siempre que el deber de confidencialidad profesional estuviere fundado en la ley, un reglamento o en las reglas que definen su correcto ejercicio.” Considerando que el Colegio de Abogados de Chile A.G. promovió en 2011 un detallado código disciplinario (“Código de Ética” o “CE” en lo que sigue) para la profesión de abogado, el cual regula los diversos deberes del abogado para con el cliente y otros –entre ellos, el deber de confidencialidad–, resulta lógico concluir que este cuerpo normativo puede influir en la determinación de los elementos normativos del deber profesional cuyo quebrantamiento es condición para la imputación de contravención a la norma penal en cuestión. En otras palabras, dado que la norma penal remite a la regulación disciplinaria, es necesario dar cuenta de la manera en que esa regulación tematiza el o los deberes profesionales cuyo desconocimiento gatilla responsabilidad penal. Esto puede dar origen a antinomias o tensiones, algunas de las cuales se identificarán brevemente en lo que sigue.

Como se hizo ver, el art. 280 ACP básicamente sanciona punitivamente el quebrantamiento del deber profesional de confidencialidad, que en el caso de la profesión de abogado se encuentra regulado en los artículos 46 a 56 del Código de Ética. La remisión que la norma penal hace a la regulación disciplinaria plantea al menos tres cuestiones de interés, todas relativas al rol del consentimiento del titular de la información confidencial:

1) El art. 280 ACP prohíbe la relevación no consentida de información. En el caso del abogado, por lo general el titular de la información protegida es el cliente. Ahora bien, el art. 52 del Código de Ética establece una hipótesis de consentimiento presunto de revelación de información confidencial, cuando la revelación “es conveniente para la exitosa prestación de los servicios profesionales del abogado”. Esta forma de consentimiento probablemente está en conflicto con el consentimiento requerido como elemento normativo del tipo por el art. 280 ACP.

2) Una observación similar puede hacerse respecto de las hipótesis de revelación no consentida por el cliente, que el Código de Ética divide entre hipótesis facultativas de revelación (art. 54 CE) y un deber de revelación “para evitar la comisión o consumación de un crimen” (art. 53 CE). Estas hipótesis están en tensión con la prohibición irrestricta de revelar información

² Véase también el comentario del Profesor Gallego al Art. 446. *Prevaricación de abogado*.

confidencial sin el consentimiento del cliente. Una solución posible consiste en sostener que las hipótesis en cuestión cuentan como causales de exclusión de la antijuricidad del hecho, en razón de que configuran el deber profesional de confidencialidad.

3) Es importante hacer notar que al menos dos delitos del párrafo sobre “violación de secretos con valor económico” del título VII sobre delitos contra el patrimonio e intereses económicos remiten al art. 280 ACP para efectos de establecer la posición del destinatario de las prohibiciones: es el caso del delito de violación de secreto empresarial del art. 358 ACP (n° 1), y del delito de aprovechamiento económico de un secreto del art. 360 ACP. El art. 358 repite la fórmula del art. 280 para efectos de establecer el origen del deber de confidencialidad; el art. 360, por su parte, remite expresamente al delito de violación de confidencialidad. Estas remisiones implican que las eventuales tensiones descritas en (1) y (2) arriba pueden reproducirse a nivel de información confidencial empresarial, y cuando – en este caso – el abogado se aprovechare económicamente de la información que recibe bajo deber de confidencialidad. En todo caso, debe hacerse notar que el Código de Ética ya contiene una norma que prohíbe el aprovechamiento de información del cliente. Se trata del art. 42, que no restringe la prohibición al aprovechamiento económico, como lo hace el ACP: “El abogado debe usar la información relativa a asuntos del cliente exclusivamente en interés de ese cliente, salvo los casos en que la ley o este Código lo obligan o facultan a darle otro destino. Sin el consentimiento expreso del cliente está prohibido al abogado usar información confidencial para obtener un provecho para sí o para un tercero.”

El delito de “violación de secreto procesal” del art. 445 ACP, no merece mayor comentario. Es importante hacer ver que el origen del deber de confidencialidad en esta norma no es la regulación profesional, sino la intervención en un procedimiento en el que, de conformidad a la ley, se imponga un “deber de reserva”. La norma castiga la revelación de información conocida en esos términos, de la misma forma que el art. 280 ACP. El principal destinatario es el funcionario público que intervenga en un procedimiento bajo deber de reserva (inciso primero). De este modo, la norma sirve de reforzamiento punitivo a, por ejemplo, el deber de secreto (confidencialidad) de los funcionarios que hubieren participado de una investigación penal, en los términos del inciso final del art. 182 CPP. El abogado es mencionado expresamente en el inciso final del art. 445 ACP, que establece una pena de inhabilitación perpetua para el ejercicio de la profesión, y que puede estar en la posición de sujeto activo si, en los términos del inciso segundo, “le hubiere correspondido intervenir” en el procedimiento en cuestión, y se hubiere dispuesto el secreto de lo ventilado. Naturalmente, la regla del inciso final del art. 182 CPP lo alcanza, pues también se refiere a “otras personas” que por cualquier motivo tuvieren conocimiento de actuaciones de la investigación penal. La dogmática y la jurisprudencia deberán resolver si otras hipótesis de la regulación procesal penal – por ejemplo, la imposición de un deber de reserva a los fiscales y demás intervinientes en un juicio oral, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, en los términos del art. 289 – c) CPP – cuentan como reforzamiento legal de este deber de reserva procesal.

Comentario de Arturo Ibáñez y Alberto Pino, profesores de Derecho Civil:

En relación con el Art. 304. *Usurpación de inmueble.* Se plantean dos observaciones en relación con este precepto. Primeramente, ¿Cuál sería la situación del sujeto que está en condiciones de sanear el inmueble conforme al D.L. 2.695, de 1979? Por definición, el solicitante del

saneamiento es siempre alguien que se encuentra en “posesión material” del inmueble (carece de inscripción a su nombre), es decir, alguien que “ocupa” materialmente el inmueble. Y, además, en muchos casos será alguien que “ocupa” materialmente el inmueble sin el consentimiento de un eventual poseedor inscrito (el D.L. N° 2.695 permite expresamente sanear a pesar de que existan inscripciones sobre el inmueble).

Y, en segundo lugar, ¿Cuál es el alcance de la expresión “de quien lo tuviere legítimamente en su poder”? Como bien se sabe, las relaciones de una persona con una cosa pueden ser de dominio, posesión o mera tenencia. La expresión que utiliza el precepto parece comprender las tres categorías recién referidas (incluyendo al titular o al poseedor de un derecho real distinto del dominio, tal como parece hacerlo el artículo 457 del actual Código Penal). Pero, ¿comprende la categoría del “poseedor material” no dueño de un inmueble inscrito a nombre de otra persona? Dicha categoría es utilizada, precisamente, por el D.L. N° 2.695. Tal sujeto no es dueño, poseedor, ni mero tenedor (no reconoce dominio ajeno). Y, no obstante, puede concebirse que tiene el inmueble “legítimamente en su poder” (piénsese, por ejemplo, en un sujeto que compró al poseedor inscrito, pero que no ha inscrito la compraventa).

En relación con el Art. 306. *Traspaso.* Se plantea acá, en relación con la frase “de quien tuviere legítimamente en su poder un espacio cerrado”, la segunda observación antes señalada a propósito del artículo 304.

Comentario de Arturo Ibáñez y Adrián Schopf, profesores de Derecho Civil:

En relación con el Art. 340. *Administración desleal.* Existen dos aspectos que pueden ser problemáticos. En primer lugar, el texto de la disposición no considera la hipótesis del curador que administra deslealmente una herencia yacente, patrimonio que por definición carece de titular, de manera que en tal supuesto no resulta posible sostener la existencia de la gestión “del patrimonio de otra persona”. La disposición podría ser infra-inclusiva a este respecto. En segundo lugar, el elemento del tipo referido al que ejecuta u omite “cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado”, podría eventualmente incluir actos que forman parte de una mera mala administración, no necesariamente desleal, especialmente considerando que la evaluación respectiva será siempre *ex post*. La disposición podría ser sobre-inclusiva a este respecto.

Comentario de Christian Rojas, Profesor de Derecho Administrativo:

En relación con el Art. 343. *Frustración del fin de una subvención.* Creo que la categoría jurídica de “a título gratuito” no es aplicable. Al tratarse de una ayuda pública, dependiendo de dicha ayuda, una de sus variantes es la subvención. La modalidad de éstas muchas veces requieren alguna contraprestación no pecuniaria.

Comentarios de Osvaldo Lagos y Adrián Schopf, profesores de Derecho Comercial y de Derecho Civil, respectivamente:

En relación con el Art. 346. *Supresión o menoscabo de títulos y garantías ejecutivas.* Respecto del inciso final de esta disposición, la falta de una consideración que permita discernir u orientar si la agravante debe tenerse por calificada o muy calificada podría ser problemática.

En relación con el Art. 348. *Defraudación de los acreedores.* La incorporación de la dilapidación en el N° 1 y de la disposición de sumas relevantes en negocios inusualmente riesgosos en el N° 2, podría resultar sobre-inclusiva, restringiendo excesivamente la libertad contractual del deudor, al calificarse esos supuestos como actos de defraudación de los acreedores.

En relación con el Art. 352. *Agravante.* La falta de una consideración que permita discernir u orientar si la agravante debe tenerse por calificada o muy calificada podría ser problemática.

Comentario de Susana Espada, Profesora de Derecho Civil:

En relación con el Art. 409. *Sustitución de menor.* Se propone reflexionar sobre la posible inclusión de un nuevo tipo penal, que considerase no sólo la sustitución de menores conforme a la filiación natural, sino los casos en los que la “sustitución” sea de los embriones.

Comentario de Javier Gallego, Profesor de Derecho Constitucional y Ética Profesional

En relación con el Art. 446. *Prevaricación de abogado.*³ El delito de prevaricación especial de abogado del art. 446 ACP surge de las siguientes alteraciones de la regulación contenida en los arts. 231 y 232 del Código Penal vigente: (i) el núcleo de la conducta prohibida ya no consiste en perjudicar al cliente por vía de un “abuso malicioso” del oficio, sino que por vía de una “grave infracción a los deberes de su profesión”; (ii) el destinatario ahora es solamente el abogado, no el procurador (inciso primero); (iii) la regla incorpora una hipótesis calificada para el defensor penal (inciso segundo); (iv) se mantiene la hipótesis de representación incompatible de intereses del art. 232 CP pero explícitamente restringida a procedimientos judiciales o administrativos contenciosos (inciso tercero); (v) finalmente, y de modo especialmente controversial, la regla establece una hipótesis de exclusión de ilicitud por consentimiento de las partes representadas conjuntamente por el abogado (inciso cuarto) que la norma penal vigente no contempla.

Respecto de (i), puede sostenerse que la imposición de una pena de privación de libertad y de inhabilitación perpetua para el ejercicio de la profesión de abogado, por perjudicar a un cliente por la vía de infringir gravemente deberes profesionales, constituye la principal innovación en materia de reforzamiento punitivo a la regulación disciplinaria de la profesión jurídica que propone el ACP. En efecto, esta norma respalda con una consecuencia punitiva la infracción a los estándares de comportamiento de la regulación disciplinaria, con dos correcciones importantes: (a) debe tratarse de una “infracción grave” a esos estándares; y (b) de la infracción grave debe resultar un perjuicio para el cliente. De esto resulta que hay ciertas materias reguladas a nivel disciplinario que no alcanzan a quedar punitivamente reforzadas: este es el caso, por ejemplo, de las normas sobre publicidad y solicitud (arts. 12 y 13 CE); de las normas sobre conflictos de funciones (arts. 65-71 CE); de las normas sobre conducta procesal que impongan deberes de comportamiento para con la administración de justicia (arts. 93 y ss. CE); y de las normas sobre relaciones con terceros y la contraparte (arts. 106-116 CE). A la inversa, el art. 446 ACP podría imponer una consecuencia punitiva a la infracción de estándares que hasta ahora solo reciben sanción disciplinaria, como es el caso, al menos, de los deberes de para con el cliente de contenido patrimonial, en particular los deberes relativos a los honorarios (arts. 33-43 CE); las normas sobre la renuncia al encargo profesional y los deberes del abogado

³ Véase también en esta misma sección el comentario del Profesor Gallego a los Arts. 280 y 445.

que renuncia (arts. 18-19 CE); y los deberes del abogado que se encuentra en una situación de conflicto de interés distinto de la representación incompatible (por ejemplo arts. 75 y 81 CE).

Respecto de (iv): la regla da cuenta, por un lado, del reconocimiento de las similitudes entre la “representación incompatible” como hipótesis de prevaricación de abogado, regulado en el art. 232 del Código Penal vigente, y los conflictos de intereses como cuestión general regulada a nivel disciplinario (arts. 65-92 CE). Esto se evidencia en que el inciso tercero del art. 446 ACP no restringe el alcance de la prohibición a la representación conjunta de clientes actuales con intereses incompatibles (“partes contrarias” en los términos del art. 232 CP), sino que la extiende a clientes anteriores también (“El abogado que teniendo *o habiendo tenido* el patrocinio o la representación de un cliente [...] patrocinar o representar a una parte con intereses incompatibles en el mismo asunto [...]). Este movimiento se justifica en la medida en que la regulación sobre conflictos de intereses tiene como fundamento material evitar el riesgo de quebrantamiento de otros estándares disciplinarios, en particular, el deber de confidencialidad. Como se sabe, a nivel de regulación disciplinaria, el deber de confidencialidad para con un cliente es de duración indefinida, es decir, “no se extingue por el término de la relación profesional, la muerte del cliente, ni el transcurso del tiempo” (art. 47 CE), de modo que la representación de un cliente actual con intereses adversos a los de un cliente anterior genera siempre un riesgo de quebrantar (entre otros) el deber de confidencialidad para con ese cliente anterior. El art. 446 ACP hace suya esta aproximación y provee de esa forma reforzamiento punitivo a la regulación disciplinaria sobre conflictos de intereses.

Pero por otro lado, el inciso tercero del art. 446 ACP también restringe el alcance de la prohibición configurada en el art. 232 CP, pues esta regla no circunscribe la representación incompatible al contexto de un “procedimiento judicial o administrativo contencioso” como lo propone el ACP. La cuestión es motivo de alguna controversia en la doctrina penal (Véase Guzmán Dálbora, Jose Luis, “Sobre el delito de prevaricación de abogado”, *Informes en Derecho*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile, 2015, p. 12), en lo que respecta al tipo penal vigente. El ACP zanja la cuestión limitando el alcance de la prohibición a un procedimiento. En este punto, además, la regulación disciplinaria se aparta de la norma penal, pues aquella es considerablemente más amplia que esta, por razones obvias.

Finalmente, respecto de (v), el inciso final del art. 446 excluye la ilicitud de la conducta si prestan su consentimiento a la representación todas las partes involucradas. El Código de Ética contempla una regla que establece las condiciones bajo las cuales el consentimiento de las partes permite dispensar un conflicto de intereses:

Artículo 90. Dispensa del conflicto de intereses. No obstante la existencia de un conflicto de intereses, el abogado puede intervenir en el asunto si resulta posible hacerlo sin infringir los deberes de lealtad y confidencialidad hacia los clientes involucrados y todos ellos otorgan su consentimiento expreso e informado.

El consentimiento expreso e informado supone un acto escrito mediante el cual el abogado expone los riesgos y desventajas de la representación en situación de conflictos de intereses, debidamente suscrito por los clientes cuyos intereses se encuentren amenazados por el de conflicto de intereses, y en el cual el cliente manifieste que dispensa el conflicto en conocimiento de la inhabilidad que afecta al abogado y de

las reglas sobre conflicto de intereses aplicables, las que deberán transcribirse íntegramente en el mismo documento.

El consentimiento para actuar pese a la existencia de un conflicto de intereses no supone autorización para infringir el deber de lealtad hacia el cliente o violar el deber de confidencialidad.

Si durante el desarrollo de los servicios profesionales así autorizados, se hiciera evidente que el deber de lealtad hacia un cliente exigiría infringir el deber de lealtad hacia el otro cliente o revelar información sujeta al deber de confidencialidad, el abogado deberá cesar inmediatamente en la prestación de servicios de todos ellos.

Como se aprecia, al igual que con el consentimiento liberador en el delito de violación de confidencialidad, la regulación disciplinaria aporta más detalles sobre el modo de operar del consentimiento. Pero en el caso del conflicto de intereses la situación es inversa al delito de violación de confidencialidad: aquí el Código de Ética es más exigente, pues requiere la suscripción de un documento escrito producido por el abogado. Esto contrasta con la posibilidad, por ejemplo, de consentimiento presunto para efectos de revelar información confidencial, y contrasta por cierto con lo que exige el art. 446 ACP, lo cual es relevante si es que se llega a la conclusión que el deber profesional del abogado (de confidencialidad y de evitar conflictos de intereses) se encuentra debidamente especificado en la regulación disciplinaria.

Comentario de Antonio Morales, Profesor de Derecho Público:

En relación con el Art. 454. *Perturbación en el ejercicio de la función pública.* La redacción del artículo es excesivamente amplia en relación a la determinación del significado de la expresión “el que alterar gravemente el desarrollo de las sesiones”. Esto permitiría interpretaciones que podrían encontrarse en tensión con el derecho a protesta como norma adscrita de derecho fundamental, o bien, con el derecho a la libertad de expresión o con el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas, afectando su núcleo esencial. Si bien el derecho a la protesta no está consagrado en la Constitución, la jurisprudencia internacional lo ha reconocido como norma adscrita de derecho fundamental a partir del derecho de libertad de expresión y del derecho a reunión. (Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, Volumen II, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 de febrero de 2006, página 131, párr. 8; citado en Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Las manifestaciones públicas y la protesta social: consideraciones desde una perspectiva de derechos humanos*, Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 2).

Lo anterior es especialmente relevante en el caso del funcionamiento del Congreso Nacional, en la medida que dicho poder del estado proporciona instancias de acceso al público para presenciar las deliberaciones de carácter político que tienen lugar en las sesiones en sala de ambas Cámaras. En conformidad al artículo 86 del reglamento de la Cámara de Diputados, por ejemplo, el presidente de la Cámara tiene la facultad de desalojar las tribunas donde se encuentra el público, ¿podría instanciarse el delito en comento en caso que una manifestación desarrollada en las tribunas impida la continuación de la sesión, aun cuando el presidente no haga uso de la atribución reglamentaria de desalojo? Por otro lado, ¿qué significa alterar gravemente el

desarrollo de las sesiones? ¿Un acto de protesta que dificulta temporalmente (sin interrumpir) el desarrollo de las sesiones representa un supuesto de hecho de la norma? ¿el hecho típico puede consistir solo en una conducta desarrollada en la sala donde se efectúa la sesión, o también puede efectuarse fuera de aquella (por ejemplo, en el ingreso del Palacio de los Tribunales de Justicia o fuera de las dependencias del Tribunal Constitucional)? Se sugiere precisar la descripción de la conducta calificada como delito, o bien, no incluir la disposición en el anteproyecto.

Se sugiere precisar la descripción de la conducta calificada como delito, o bien, no incluir la disposición en el anteproyecto. Una técnica legislativa idónea para estos efectos consiste en la regulación referida al ultraje a la autoridad y a la crítica legítima, contenida en los artículos 457 y 458 del Anteproyecto. La regulación de la crítica legítima define aquello que no constituye ultraje a la autoridad, acotando con ello el ámbito de aplicación de la normativa contenida en el artículo 457.

Comentario de Christian Rojas, Profesor de Derecho Administrativo:

En relación con el Art. 485. *Contaminación ambiental.* Noto en la descripción de la conducta del numeral 1° un conflicto con el envenenamiento de aguas del Art. 525; y en la de la conducta del numeral 2°, con la usurpación de aguas de los Arts. 307 y 308.

Comentario de Verónica Undurraga, Profesora de Derecho Constitucional:

En relación con el Art. 517. *Prácticas indebidas de asistencias a la procreación.* El tipo penal contemplado en el Art. 517 CP deja fuera a los hombres trans, porque solo se refiere a la mujer. Respecto de ellos serían actos atípicos. Este problema se repite en otros tipos penales (ej., Arts. 228 y ss.). En otros ordenamientos jurídicos se utiliza la expresión personas gestantes.

Identificación de institución y personas participantes

| | |
|---------------------------|---------------------------|
| Universidad | Universidad Adolfo Ibáñez |
| Facultad / Escuela | Facultad de Derecho |

| Académicos participantes | | |
|---------------------------------|---|----------------------------|
| Nombre | Grado académico | Calidad o jerarquía |
| Juan Pablo Aristegui Spikin | Master en Razonamiento Probatorio, Universitat de Girona (2018) | Instructor |
| Marcela Chahuán Zedan | Doctor en Derecho, Universitat de Girona (2017) | Profesor Asistente |
| Marcos Contreras Enos | Magíster en Derecho Penal de los Negocios, Universidad de Chile; y LL.M., Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn (2015) | Profesor invitado |
| Rodrigo Correa González | J.S.D. Yale University (2008) | Profesor Titular |
| Carlos Correa Robles | Dr. Iur. Freie Universität Berlin (2018) | Profesor Asistente |
| Felipe de la Fuente Hulaud | Doctor en Derecho Penal, Universitat Pompeu Fabra (2016) | Profesor Asociado |
| Susana Espada Mallorquín | Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid (2006) | Profesor Asociado |
| Mayra Feddersen Martínez | Doctor of Philosophy, University of California, Berkeley | Profesor Asistente |
| Sebastián Figueroa Rubio | Doctor en Derecho, Universitat de Girona (2015) | Profesor Asistente |
| Javier Gallego Saade | LL.M. in Legal Theory, New York University (2018) | Instructor |
| Sergio Gamonal Contreras | Abogado, Universidad de Chile (1990) | Profesor Titular |
| Alejandro García Cubillos | Abogado, Universidad de Chile (2014) | Profesor invitado |
| Caterina Guidi Moggia | Magíster en Derecho, Universidad de Chile (2011) | Profesor Docente Asistente |
| Arturo Ibáñez León | Magister Juris, University of Oxford (2012) | Profesor Docente Asistente |

| | | |
|---------------------------|--|----------------------------|
| Guillermo Jiménez Salas | Doctor of Philosophy Law, University College London (2018) | Profesor Asistente |
| Oswaldo Lagos Villarreal | Doctor en Derecho, Universidad de los Andes (2006) | Profesor Asistente |
| Fernando Laiseca Asla | Magíster en Estudios Internacionales, Universidad Complutense de Madrid (2000) | Profesor Docente Asistente |
| Patricia Lorca Riofrío | Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (1983) | Profesor Asociado |
| Antonio Morales Manzo | | Instructor |
| Alberto Pino Emhart | Doctor of Philosophy, University of Oxford (2015) | Profesor Asistente |
| Mauricio Reyes López | Abogado, Universidad de Chile (2010) | Profesor invitado |
| Christian Rojas Calderón | Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile (2011) | Profesor Asistente |
| Sophía Romero Rodríguez | Magíster en Derecho Público, Universidad de los Andes (2013) | Instructor |
| Francisco Saffie Gatica | Ph.D. in Law, University of Edimburgh (2014) | Profesor Asistente |
| Adrián Schopf Olea | Dr. Iur., Ludwig-Maximilians-Universität München (2013) | Profesor Asistente |
| Samuel Tschorne Venegas | Doctor of Philosophy, London School of Economics and Political Science (2017) | Profesor Asistente |
| Verónica Undurraga Valdés | Doctor en Derecho, Universidad de Chile (2013) | Profesor Asistente |
| Nathalie Walker Silva | Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile (2017) | Instructor |
| Veronika Wegner Astudillo | Abogado, Universidad Adolfo Ibáñez (2011) | Instructor |