

COMISIÓN DE ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL 2013

PROPUESTA DE REGULACIÓN
PRINCIPIOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ

Santiago, 27 de febrero de 2013

I. ARTICULADO

Título N La ley penal

§ A. Principios

Art. A. *Legalidad*. No hay delito, pena ni medida de seguridad sin ley.

El alcance de la ley penal no puede ser extendido más allá de su sentido posible conforme a su tenor literal en lo que sea desfavorable al imputado, acusado o condenado por la comisión de un delito.

Tampoco recibirá aplicación en lo que le sea desfavorable la ley penal cuyo sentido no pueda ser determinado sin arbitrariedad.

Art. B. *Justicia de la pena y la medida de seguridad*. La pena y la medida de seguridad sirven a la protección de las personas y la reintegración a la sociedad del condenado o afectado por la medida.

La pena no sobrepasará la culpabilidad del responsable por el hecho.

La medida de seguridad no se impondrá sin necesidad.

§ B. Aplicación de la ley penal

Art. C. *Jurisdicción territorial*. Los tribunales de la República de Chile ejercen jurisdicción sobre chilenos y extranjeros para juzgar los delitos cometidos en su territorio.

Art. D. *Jurisdicción extraterritorial*. Los tribunales de la República de Chile ejercen también jurisdicción para juzgar los siguientes delitos cometidos fuera de su territorio:

- 1° Los cometidos por chilenos o extranjeros a bordo de una nave o aeronave chilena;
- 2° Los cometidos por un agente diplomático o consular de la República, o que por otro motivo goce de inmunidad personal en razón de su servicio a la República;
- 3° Los cometidos por funcionarios públicos chilenos o por extranjeros al servicio de la República, en el ejercicio de su cargo o en comisión de servicio, y los cometidos por chilenos o extranjeros contra ellos en relación con el ejercicio de su cargo o servicio;
- 4° El cohecho a funcionarios públicos extranjeros cometido por un chileno o un extranjero con permanencia definitiva en Chile, o por personas jurídicas domiciliadas en territorio chileno;
- 5° Los cometidos por chilenos o extranjeros, o por personas jurídicas penalmente responsables domiciliadas en territorio chileno, que atenten contra la soberanía o contra la seguridad exterior o interior de la República de Chile, o que consistan en falsificación de su sello, de su moneda nacional, de documentos de crédito suyo, de sus instituciones o empresas, de pasaportes, documentos de identidad u otros certificados estatales chilenos, o que pongan en peligro la salud de los habitantes del territorio chileno o el medio ambiente en el territorio chileno o en la zona económica exclusiva chilena;

6° Los cometidos por chilenos o extranjeros con permanencia definitiva en Chile, o por personas jurídicas penalmente responsables domiciliadas en territorio chileno, contra chilenos o extranjeros con permanencia definitiva en Chile, o contra sus hijos menores de edad, o contra personas jurídicas que tengan domicilio en territorio chileno;

7° Los de significación sexual cometidos contra menores de edad que fueren chilenos, o hijos de chilenos o extranjeros con permanencia definitiva en Chile, cuando el hecho fuere también constitutivo de delito en el lugar de su comisión;

8° Los comprendidos en convenciones internacionales celebradas con otros Estados que autoricen la jurisdicción chilena, en los términos dispuestos por la respectiva convención;

9° Los delitos de genocidio, contra la humanidad y de guerra, la piratería y los demás delitos cometidos que el derecho internacional somete a la jurisdicción de cualquier Estado.

Para los efectos de este artículo, quienes intervienen en la comisión del delito o lo padecen son también chilenos o extranjeros con permanencia definitiva en Chile, o personas jurídicas domiciliadas en territorio chileno, aunque a ese momento fueren extranjeros o carecieren de dicha permanencia o domicilio, si con posterioridad obtuvieren la nacionalidad chilena o la permanencia definitiva en Chile, o fijaren domicilio en territorio chileno, respectivamente.

Art. E. *Lugar de comisión del delito.* El delito se comete en el lugar donde acaece cualquiera de sus elementos constitutivos. Los delitos de omisión tienen además lugar donde debería haberse ejecutado la acción mandada por la ley. Los actos preparatorios o la tentativa de un delito también son cometidos en el lugar donde habría de acaecer cualquiera de sus elementos constitutivos para su consumación; cada coautor comete también el delito donde cualquiera de los demás lo comete; el inductor y el cómplice también intervienen donde el autor comete el delito.

El delito se comete asimismo en el lugar donde ocurra o haya de ocurrir un resultado, o donde se ejecute u omita o haya de ejecutarse u omitirse una acción, cuya evitación constituye inequívocamente la finalidad de la ley que lo sanciona, aunque ese resultado o esa acción sea posterior a su consumación.

Art. F. *Inmunidades.* Los casos en que los tribunales chilenos no se encuentran autorizados para juzgar a los responsables de un hecho sometido a su jurisdicción conforme a las disposiciones precedentes son los determinados por la Constitución Política de la República y las convenciones internacionales de las que es parte la República de Chile.

Art. G. *Aplicación de la ley chilena, extranjera e internacional.* Los tribunales de la República de Chile aplican la ley penal chilena.

Para el juzgamiento de hechos cuya calificación exija la aplicación de leyes que no son penales y que hubieren sido cometidos parcial o totalmente fuera del territorio chileno, se estará a lo dispuesto por la ley vigente en el lugar donde acaece el elemento constitutivo del delito por ella regido.

Para el juzgamiento de hechos constitutivos a la vez de crímenes internacionales conforme a convenciones de las que sea parte el Estado de Chile, serán también aplicables las reglas y principios reconocidos por el derecho internacional que establezcan deberes de

cuidado, incluyendo deberes de evitación de resultado en el sentido del artículo [1], o que regulen las circunstancias eximentes de responsabilidad penal.

En los casos de los números 2º, 3º segunda parte y 7º del Art. D, si la ley vigente en el lugar de comisión del delito estableciere una pena más favorable que la ley chilena, ésta no podrá sobrepasarla. La misma regla se aplicará en los casos del número 8º, siempre que la convención respectiva no dispusiere otra cosa, y en los casos del número 9º, siempre que la ley del lugar de comisión del delito sancione el hecho con una pena adecuada a su gravedad.

Art. H. *Aplicación temporal de la ley penal.* El delito, la pena y sus consecuencias accesorias y la medida de seguridad deben ser determinados conforme a ley vigente al momento de su comisión.

Si a la fecha del juzgamiento del delito se encontrare vigente otra ley más favorable para el acusado, se estará a ella. Si después de cometido del delito hubiere entrado en vigencia una ley más favorable, se estará también a ella para su juzgamiento aunque no se encontrare vigente a esa fecha, a menos que la ley disponga otra cosa.

Si la ley más favorable entrare en vigencia después de ejecutoriada la sentencia que impuso la pena, la consecuencia accesoria o la medida de seguridad, el tribunal que la hubiere pronunciado deberá modificarla de oficio o a petición del condenado o afectado, en todo aquello en que la sentencia no se hubiere ya ejecutado.

Si la ley posterior a la comisión del delito fuere en parte favorable y en parte desfavorable, sólo se considerará lo favorable y en lo demás se estará a la ley vigente al momento de su comisión.

Las leyes destinadas a tener vigencia por un tiempo determinado serán siempre aplicables a los hechos cometidos bajo su vigencia, a menos que la ley disponga otra cosa.

Art. I. *Tiempo de comisión del delito.* El delito se comete cuando se ejecuta la acción prohibida por la ley o se omite la acción mandada por la ley.

Si durante la ejecución u omisión de la acción entrare en vigencia una nueva ley, se estará a ella, si fuere desfavorable, siempre que la parte de la ejecución u omisión acaecida bajo su vigencia comprendiere todos los elementos constitutivos del delito; si fuere más favorable, en todo caso.

Art. J. *Aplicación del Código Penal.* Las disposiciones del presente título serán aplicables a todas las leyes penales.

Las disposiciones del [libro primero] del presente código serán aplicables en todos los casos en que corresponda imponer una pena o medida de seguridad conforme a otras leyes, en lo no previsto por ellas.

Tratándose de la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, las disposiciones del presente Código serán aplicables en la medida en que lo determine la ley especial relativa a dicha responsabilidad.

Normas Adecuatorias

Art. A. Sustitúyese el artículo 6º del Código Orgánico de Tribunales por el siguiente:

¹ Referencia al artículo del anteproyecto que regule la comisión por omisión.

“Art. 6°. Los delitos sometidos a la jurisdicción chilena son los indicados por el Código Penal.”

Art. B. Introdúcese en el artículo 170 del Código Procesal Penal, como oraciones finales de su inciso primero, las siguientes:

“En todo caso, los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que corresponda a los números 3° segunda parte, 6°, 7° o 9° del artículo D del Código Penal, cuando el imputado no fuere habido en territorio chileno y el hecho no comprometiere gravemente el interés de la República de Chile. Del mismo modo se procederá en el caso del número 8° del artículo D del Código Penal, a menos que la respectiva convención internacional disponga otra cosa.”

II. FUNDAMENTACIÓN GENERAL

La presente propuesta ofrece una regulación para un primer título del Anteproyecto de Código Penal, dedicado a la ley penal y dividido en dos párrafos, uno para los principios generales del Código y otro para las reglas de aplicación espacial, personal y temporal de las normas penales.

El Código Penal chileno (“CP”) no contiene un título semejante. Las reglas correlativas se encuentran en el párrafo 1 del Título I, referido a los delitos (Arts. 1° inciso primero, 5° y 6°) y en el párrafo 1 del Título III, referido a las penas (Art. 18). El Anteproyecto de 2005 (“AP”) contemplaba un Título III, referido a “los efectos de la ley penal”, que reunía las reglas correlativas al segundo párrafo de esta propuesta (Arts. 13 a 19).

El Código Penal alemán de 1871/1975 (“CPA”) y el Código Penal español de 1995 (“CPE”) sí contemplan un primer título, dedicado al ámbito de aplicación de la ley penal, o bien a las garantías penales y la aplicación de la ley penal. Del mismo modo, el Proyecto Alternativo alemán de 1969 (“PAA”) dedica sus dos primeros títulos a los “principios” y a la “validez de la ley penal”.

La propuesta asume esta perspectiva. Las reglas sobre la ley penal son previas a la regulación sobre la definición del delito, de sus elementos constitutivos y de las circunstancias que eximen de responsabilidad penal. Su objeto de referencia es toda la regulación penal, incluida ésta. Además, desde el punto de vista de la justicia política es importante que un código penal enuncie de modo inmediatamente accesible los principios fundamentales que lo informan y las reglas que gobiernan su aplicación.

Siguiendo al PAA, la propuesta comprende primero un párrafo dedicado exclusivamente a los principios y consagra los tres fundamentales: legalidad, culpabilidad y proporcionalidad.

Siguiendo también al PAA, la propuesta comprende un segundo párrafo dedicado a la aplicación de la ley penal, regulando la jurisdicción territorial y extraterritorial, el reconocimiento de inmunidades personales de jurisdicción, y la identificación de la ley penal aplicable en cuanto al territorio y en cuanto al tiempo. Para efecto de la legitimación territorial de la jurisdicción y para efectos de la selección de la ley aplicable en cuanto al tiempo, la propuesta consagra también reglas explícitas relativas al lugar y al tiempo de comisión del delito.

A semejanza de la PAA y a diferencia del CPE, la propuesta prescinde de establecer garantías procesales. Las reglas de los Arts. 1°, 2°, 4°, 5°, 9°, 10 y 468 inciso primero del Código Procesal Penal consagran suficientemente dichas garantías.

En gran medida, las reglas comprendidas en la propuesta recogen las reglas del CP y las complementan con reglas del el PAA, el CPA y el CPE. No obstante, en una medida considerable la propuesta también ofrece reglas originales. Las principales innovaciones son las siguientes:

- (i) la explicitación de las garantías de *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta y certa*, derivadas del principio de legalidad;
- (ii) la distinción entre legitimación de la jurisdicción estatal en materia penal y selección de la ley aplicable en cuanto al territorio, incluyendo una regulación explícita de esta última cuestión;
- (iii) la explicitación de criterios no sólo formales sino también semi-formales para la localización territorial del delito;

- (iv) la distinción entre la aplicación de la ley más favorable vigente al momento de la sentencia y la aplicación de la ley intermedia más favorable;
- (v) la aceptación expresa de la formación de *lex tertia* en la aplicación de la ley más favorable;

La explicación de estas innovaciones, así como de las demás reglas de la propuesta, es el cometido de la próxima sección.

III. FUNDAMENTACIÓN PARTICULAR

1. **Epígrafe del título y de los párrafos.** El título propuesto, pensado como primer apartado sistemático del proyecto, lleva como epígrafe “La ley penal”; el párrafo 1 propuesto lleva como epígrafe “Principios”, y el párrafo 2, “Aplicación de la ley penal”. Los dos últimos han sido tomados del PAA; el primero corresponde a la denominación más sencilla y genérica del objeto de regulación.

2. **Art. A inciso primero.** El precepto consagra el principio de legalidad, en una formulación que alcanza no sólo a la determinación legal del delito y la pena, sino también a la medida de seguridad. En tanto norma de rango legal, se entiende como una prohibición o mandato dirigido a los órganos del Estado encargados de aplicar la ley penal.

Las concreciones del principio de legalidad son cinco. De ellas, dos son dejadas en el nivel de consecuencias implícitas del precepto y tres reciben consagración expresa en la propuesta.

La prohibición de fundar la condena penal en fuentes no convencionales del derecho (garantía de *lex scripta*), como asimismo la prohibición de fundar la condena penal en fuentes convencionales que no han sido aprobadas por el Congreso (reserva parlamentaria de ley) se entienden implícitas en la formulación del precepto y el correlato constitucional que define qué debe entenderse por “ley”.

La prohibición del efecto retroactivo de la ley penal desfavorable (garantía de *lex praevia*) se consagra en el párrafo 2 (Art. H inciso primero), como consecuencia lógica del principio de aplicación de la ley vigente al momento de la comisión del hecho punible (*infra*, II.31).

3. **Art. A inciso segundo.** El precepto consagra la prohibición de generalización de las normas punitivas o garantía de *lex stricta* derivada del principio de legalidad, recogiendo la idea del sentido literal posible de la ley penal como límite para la generalización *in malam partem* de la respectiva norma punitiva. Su equivalente en el derecho comparado se encuentra en el Art. 4-1 CPE: “Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”. La formulación adoptada por la propuesta es menos simple que la formulación española; ello se debe, en primer lugar a que es necesario explicitar que la garantía sólo opera respecto de generalizaciones *in malam partem*, es decir, con consecuencias desfavorables para el destinatario de la reacción coercitiva del Estado. En segundo lugar, la mayor complejidad de la formulación responde también al hecho de que las relaciones de implicación lógica de las posibles descripciones de los comportamientos y las consecuencias jurídicas y la proposición fijada por el texto legal es también más compleja que la idea –excesivamente simple- de estar el caso “expresamente comprendido” o no.

4. **Art. A inciso tercero.** El precepto consagra la prohibición de aplicación de leyes excesivamente vagas o indeterminadas (garantía de *lex certa*). En principio, la operatividad de esta garantía debería descansar en la impugnación de la constitucionalidad del precepto legal, por violación del mandato de determinación (Art. 19 N° 3 inciso octavo Constitución Política), y por lo tanto quedar sujeta a una decisión del Tribunal Constitucional. Dos consideraciones avalan sin embargo la creación de un mandato legal de inaplicabilidad, cuya operatividad sea independiente del procedimiento de control de constitucionalidad de la ley. En primer lugar,

que el estándar constitucional no es el apropiado: la cuestión central de la indeterminación no se refiere a si un comportamiento se encuentra o no “expresamente” descrito por una disposición legal, sino a si sentido de una disposición puede o no determinarse razonablemente con anticipación por el destinatario de la reacción del Estado. En segundo lugar, salvo por casos extremos de indeterminación legal, el procedimiento de control de constitucionalidad pone inevitablemente al Tribunal Constitucional en la posición de evaluador de la corrección de la interpretación de la ley por los tribunales encargados de su aplicación, generando una confusión de competencias que es preferible evitar.

5. Art. B, en general. El Art. B, inspirado en el § 2 PAA consagra los principios de legitimación material de la ley penal. El PAA los denomina “fines y límites de la pena”; esa denominación responde a una posición teórica definida (teoría dialéctica de la prevención). La propuesta prefiere una denominación teóricamente neutral y políticamente más expresiva.

6. Art. B inciso primero. El precepto consagra el principio de protección exclusiva y subsidiaria de bienes jurídicos (“protección de las personas”) y el imperativo de resocialización (“reintegración a la sociedad”). La fórmula empleada para consagrar el primer principio es menos doctrinaria y políticamente más expresiva que la del PAA (“§ 2-1. Las penas y las medidas de seguridad sirven a la protección de bienes jurídicos”); la fórmula empleada para consagrar el segundo principio es idéntica. Este segundo principio corresponde además al mandato consagrado en el Art. 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP”) y al Art. 5-6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”).

7. Art. B inciso segundo. El precepto consagra el principio de la culpabilidad como presupuesto de la pena. Su formulación difiere parcialmente de la formulación del PAA (“§ 2-2. La pena no sobrepasará la medida de la culpa por el hecho”) con el fin de permitir su generalización, de modo que si bien su campo explícito de aplicación se encuentra en la determinación judicial de la pena, no se restrinja exclusivamente a él. También expresa que la imposición de una pena supone responsabilidad personal por un hecho. La concreción de este alcance generalizado en la exigencia de imputación a título de dolo o imprudencia, reconocible en el derecho comparado (Art. 5° CPE), es dejada por la propuesta para la regulación de los elementos del delito o la responsabilidad penal.

8. Art. B inciso tercero. El precepto consagra el principio de la proporcionalidad como presupuesto de la medida de seguridad. Su formulación difiere de la formulación del PAA (“§ 2-2. ...la medida de seguridad sólo puede disponerse si así lo exige un interés público preponderante”). La concentración del precepto en la exigencia de necesidad racional de la medida, como medio para el logro de un fin, presupone que la consecución del interés público preponderante es el fin que puede derivarse de la interpretación de la disposición legal que prevé la medida.

9. Arts. C, D y G, en general. La propuesta ofrece una regulación del ámbito de la jurisdicción penal del Estado de Chile y del ámbito de aplicación de la ley penal chilena que presenta dos novedades.

En primer lugar, se distingue entre una y otra cuestión. La determinación del ámbito de la jurisdicción penal del Estado de Chile se encuentra en los Arts. C y D; la determinación del ámbito de aplicación de la ley penal chilena se encuentra en el Art. G. Esta distinción no es

usual en el derecho comparado. Debido a que los Códigos Penales asumen como único principio de determinación de la ley penal aplicable el de la *lex fori*, todo caso de ejercicio de jurisdicción penal de un Estado es, por definición, un caso de aplicación de su propia ley penal. Lo dicho no quita que haya una diferencia analítica: una cosa es la pretensión del Estado de juzgar un hecho y otra cosa distinta es la decisión del Estado relativa a qué leyes aplican sus tribunales cuando juzgan un hecho. Eso basta para justificar su tratamiento por separado. Además, el principio de la *lex fori* no excluye por completo la consideración de la ley extranjera o el derecho internacional público por los tribunales del Estado que reclama jurisdicción sobre el hecho. La regulación de estos casos exige un tratamiento por separado de la jurisdicción y la aplicación de la ley penal.

En segundo lugar, se regula la jurisdicción penal extraterritorial. En el derecho comparado, las reglas sobre jurisdicción penal del Estado han sido materia de la codificación penal (Alemania) y de la codificación procesal (España). Chile regula la jurisdicción territorial en su codificación penal (Arts. 5° y 6° CP) y la jurisdicción extraterritorial en su codificación procesal (Art. 6° COT). El AP contempló reglas sobre la jurisdicción penal, incluso la extraterritorial. La propuesta comparte esta consideración sistemática y por esa razón sustituye el actual Art. 6° COT (Art. A adecuatorio).

10. Art. C. El precepto consagra el principio de territorialidad, es decir, la conexión territorial entre la comisión del hecho y el Estado como justificación de su pretensión de jurisdicción penal. Los criterios de localización del hecho se encuentran regulados más adelante en el Art. E.

A diferencia del AP (Art. 17), la propuesta prescinde de distinciones relativas a la calidad terrestre, marítima o aérea del espacio sujeto a la jurisdicción del Estado de Chile. Bajo el derecho internacional público, el concepto de “territorio” es comprensivo de todos los ámbitos espaciales de la jurisdicción estatal.

La propuesta usa el término “República” en vez de “Estado”, conservando la terminología de la codificación del siglo xix (Art. 1° Código de Procedimiento Penal).

11. Art. D: generalidades. El Art. D establece las reglas relativas a la jurisdicción extraterritorial. A diferencia del CP (Art. 6°) y del AP (Art. 18) la propuesta no asume un principio negativo de territorialidad, es decir, una prohibición de jurisdicción extraterritorial como premisa de su regulación. Atendida la evolución de las reglas sobre jurisdicción regulativa y adjudicativa de los Estados ocurrida durante el siglo xx, la propuesta parte de la premisa de que todo caso de jurisdicción penal estatal requiere justificación en virtud de una conexión razonable o suficiente entre el hecho sometido a la jurisdicción y los intereses del Estado que pretende ejercer jurisdicción sobre él. Partiendo de esa premisa, la propuesta asume que la conexión territorial es uno de esos criterios (Art. C); los demás criterios de conexión corresponden a la regulación de la jurisdicción extraterritorial (Art. D), no como excepción a una prohibición, sino como complemento.

La regulación de la jurisdicción penal extraterritorial es una de las cuestiones que más disparidad presenta en el derecho comparado, como da cuenta el cuadro comparativo que se ofrece como anexo a esta propuesta. En esta materia, la propuesta es más bien conservadora. Tomando como marco de referencia el Art. 6° COT, se ofrece una mejor ordenación sistemática de los criterios de conexión bajo las siguientes premisas:

(i) La condición general para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial se encuentra en el principio de *ne bis in idem* interjurisdiccional, establecido en el Art. 13 CPP: (a) nadie puede

ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ha sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo a la ley y al procedimiento de un país extranjero, (b) a menos que el juzgamiento en dicho país haya obedecido al propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los tribunales nacionales o, (c) cuando el imputado lo solicite expresamente, si el proceso respectivo no ha sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso o lo ha sido en términos que revelan falta de intención de juzgarle seriamente; (d) en tales casos, la pena que el sujeto haya cumplido en el país extranjero se le imputará a la que deba cumplir en Chile, si también resulta condenado.

(ii) Los criterios de conexión que justifican el ejercicio de jurisdicción extraterritorial deben ordenarse bajo los principios de la bandera (N° 1), de la nacionalidad o personalidad activa (N° 2 a 4), de la protección objetiva (N° 5), de la personalidad pasiva o protección subjetiva (N° 6 y 7, además de N° 3 segunda parte), de la colaboración internacional o reciprocidad (N° 8) y de la jurisdicción universal (N° 9).

(iii) Para efectos de la personalidad activa o pasiva, tratándose de personas naturales la equivalencia entre nacionales y extranjeros residentes en Chile requiere justificación en una conexión permanente e institucionalizada entre el extranjero y la nación chilena; esa conexión corresponde a la residencia con permanencia definitiva (Arts. 41-43 DL 1094). Tratándose de personas jurídicas –suponiendo que la propuesta consagrará reglas sobre su responsabilidad penal-, dada la naturaleza de la reacción estatal sólo tiene sentido el ejercicio de jurisdicción sobre aquellas que tienen domicilio en Chile.

(iv) Siguiendo al Art. 6° COT, la propuesta prescinde de una regla que afirme la jurisdicción extraterritorial del Estado de Chile para todo caso de delito cometido en el extranjero por un chileno o extranjero con permanencia definitiva, o bien para todo caso de delito cometido en el extranjero en su contra. La aplicación del principio de personalidad activa o pasiva se encuentra siempre subordinada a la concurrencia de factores de conexión adicionales. Por la misma razón, se prescinde de una regla que asegure la punibilidad de delitos cometidos en el extranjero por personas que se encuentran en el territorio y cuya extradición resulta improcedente, como la prevista en el § 7-2-2 CPA o el § 7-1-2 PAA.

(v) La propuesta prescinde asimismo de considerar la presencia del responsable en el territorio chileno como condición de procedencia de la jurisdicción extraterritorial. Su consideración en tal calidad –como lo hace el Art. 6° N° 6 COT y lo hacía también el Art. 18 N° 3 y 5 AP- se basa en una confusión entre el fundamento de la pretensión de jurisdicción y la oportunidad de su ejercicio. La afirmación de la jurisdicción chilena debe implicar una pretensión capaz de acreditarse en su doble sentido procesal, como razón para requerir la extradición activa y como razón para denegar la extradición pasiva. Sujetar la procedencia de la jurisdicción a la presencia del responsable en el territorio implica una semi-pretensión, que sólo puede desempeñarse como denegación de la extradición pasiva. Eso es incongruente. Nada quita, sin embargo, que en algunos casos la presencia del responsable en el territorio nacional puede ser una condición razonable de exigibilidad del deber del ministerio público de ejercer la acción penal. El lugar sistemático correcto de esta consideración es el principio de oportunidad (Art. B adecuatorio).

(vi) Un catálogo reducido de casos en que el Estado pretende jurisdicción extraterritorial, como el del Art. D, es razonablemente compatible con el principio procesal de legalidad. Por tal razón, en principio el Ministerio Público está obligado a investigar, formalizar y acusar en todos estos casos, incluyendo la incoación de los procedimientos de extradición activa que se requiera para ese efecto. Excepcionalmente, el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial está

sometido a condiciones restrictivas (N° 7) o bien entregado al principio procesal de oportunidad (Art. B adecuatorio).

12. Art. D N° 1. El precepto consagra el principio de la bandera. Sus fuentes se encuentran en el Art. 23-1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial española (en adelante “LOPJ”) y el § 4-1 PAA.

Debido a que la propuesta no asume un principio negativo de territorialidad (*supra*, II.11), se prescinde de las consideraciones relativas al lugar donde se encuentra la nave o aeronave. Eso hace irrelevantes las distinciones de los N° 1, 2 y 3 del Art. 18 AP; por su parte, la distinción del N° 4 del Art. 18 AP es irrelevante en virtud de la regulación de los criterios de localización, consagrada en el Art. E de la propuesta.

El CPA utiliza la expresión “barco o en un avión que se encuentra autorizado para llevar la bandera federal o un signo de nacionalidad de la República Federal de Alemania”. La propuesta usa el gentilicio, en el entendido de que esa autorización justifica la consideración de la nave o aeronave como “chilena”.

13. Art. D N° 2. El precepto consagra el primer caso de aplicación del principio de la nacionalidad o personalidad activa. Sus fuentes se encuentran en el Art. 6° N° 1 COT y el Art. 18 N° 7 AP.

14. Art. D N° 3. El precepto consagra otro caso de aplicación del principio de la nacionalidad, complementándolo con el principio de la personalidad pasiva o principio subjetivo de protección. Sus fuentes se encuentran, en el Art. 18 N° 8 AP en tanto aplicación del principio de nacionalidad, y en el Art. 23 N° 3-g) y -h) LOPJ, el § 5-12, -13 y -14 CPA y el § 5-3, -4 y -5 PAA, en tanto aplicación de los principios de personalidad activa y pasiva. La regla considera como criterio de conexión suficiente el hecho del desempeño de una función o cargo al servicio del Estado de Chile, ya sea por chilenos o por extranjeros. La propuesta incluye adicionalmente la expresión “comisión de servicios”, para mantener la congruencia con el Art. 4° N° 1 del Código de Justicia Militar.

El ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en aplicación del principio de personalidad pasiva se encuentra sujeta al principio de oportunidad procesal (Art. B adecuatorio).

15. Art. D N° 4. El precepto consagra un tercer caso de aplicación del principio de la nacionalidad. Su fuente se encuentra en el Art. 6° N° 2 COT, según redacción introducida por la Ley 20.371 (D.O. 25.08.2009). El uso de la expresión “extranjero con permanencia definitiva en Chile”, en vez de la expresión “residencia habitual”, utilizada por la legislación actualmente vigente, ya ha sido explicado (*supra*, II.11-iii).

16. Art. D N° 5. El precepto consagra casos de aplicación del principio de protección objetiva. Sus fuentes se encuentran en el Art. 6° N° 2 y 3 COT, el Art. 18 N° 9, 10 y 11 AP, 23 N° 3-a) a f), -i) LPOJ, § 5-1 a-5-a), -10 y -11 CPA, § 5-1 y -2) PAA. A diferencia del COT y a semejanza del AP y el derecho comparado, la asunción del principio de protección conlleva, consecuentemente, la prescindencia del principio de personalidad activa como factor de conexión adicional. En comparación con el AP, se agrega como bienes jurídicos protegidos la seguridad interior del Estado y el medio ambiente, incluyendo en este último caso la afectación de la zona económica exclusiva chilena.

17. **Art. D N° 6.** El precepto combina los principios de personalidad activa y pasiva. Su fuente se encuentra en el Art. 6° N° 4 COT. La propuesta extiende la regla a los extranjeros con permanencia definitiva (*supra*, II.11-iii) y, en tanto aplicación del principio pasivo de personalidad, a los hijos menores de edad de chilenos o extranjeros con permanencia definitiva.

El ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en aplicación de esta combinación de principios se encuentra sujeta al principio de oportunidad procesal, cuando el responsable no es habido en el territorio chileno (Art. B adecuado).

18. **Art. D N° 7.** El precepto consagra casos de aplicación del principio de personalidad pasiva. Su fuente se encuentra en el Art. 6° N° 10 COT, introducido por la Ley 19.927 (D.O. 14.01.2004). La propuesta generaliza la regla, aplicándola a todo caso de comisión de delito de significación sexual contra menores de edad, y equipara la condición de los menores chilenos e hijos de chilenos o extranjeros con permanencia definitiva. La regla exige, no obstante, punibilidad del hecho conforme al derecho vigente el lugar de su comisión. Dada la variabilidad de las reglas jurídicas que refuerzan la moral social sexual, en particular, tratándose de los actos realizados con menores púberes, la expansión del derecho penal sexual chileno que implica esta regla requiere como prueba mínima de su universalizabilidad la constatación de su congruencia con el derecho del Estado que tiene jurisdicción territorial sobre el hecho.

El ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en aplicación del principio de personalidad pasiva se encuentra sujeta al principio de oportunidad procesal, cuando el responsable no es habido en el territorio chileno (Art. B adecuado).

19. **Art. D N° 8.** El precepto consagra una regla de remisión al reconocimiento de la jurisdicción extraterritorial chilena por convenciones internacionales. Su fuente se encuentra en el Art. 6° N° 8 COT y el Art. 18 N° 13 AP. El ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en este caso queda sujeta al principio de oportunidad procesal cuando el responsable no es habido en el territorio chileno, salvo que la respectiva convención disponga otra cosa (Art. B adecuado).

20. **Art. D N° 9.** El precepto consagra el principio de la jurisdicción universal en términos amplios. El ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en este caso se encuentra sujeta al principio de oportunidad procesal cuando el responsable no es habido en el territorio chileno (Art. B adecuado).

21. **Art. D inciso segundo.** El precepto subordina a la jurisdicción chilena, en aplicación del principio de personalidad activa o pasiva, a las personas que adquieren la nacionalidad o la permanencia definitiva con posterioridad a la comisión o padecimiento del hecho. Su fuente se encuentra en el § 7-2-1 CPA y el § 7-1-1 PAA. La regla no implica aplicación retroactiva de la ley penal: es una regla de legitimación de la jurisdicción y no una norma punitiva.

22. **Art. E: generalidades.** El Art. E consagra criterios de localización territorial del hecho punible a fin de determinar la procedencia del principio de la territorialidad o los principios complementarios que justifican la jurisdicción extraterritorial. En el derecho comparado es usual una regla relativa al lugar de comisión del delito (§ 9 CPA, § 8-2 PAA, Art. 113-2 CP francés, Art. 6° CP italiano, Art. 8° CP suizo). El CP no contempla una regla equivalente; la

LOPJ tampoco. Tanto en el derecho español como en el derecho chileno la cuestión debe decidirse interpretativamente, a propósito de la expresión legal “perpetración” o “comisión” del delito. El Art. 17 AP se limita a señalar que la conexión territorial queda satisfecha con la comisión total o parcial del hecho dentro del territorio.

Junto con regular expresamente el lugar de comisión del delito, el Art. E distingue entre criterios formales de localización, establecidos en su primer inciso, y criterios semi-formales de localización, establecidos en su inciso segundo.

23. Art. E inciso primero. El inciso primero consagra un criterio formal para aplicación del principio de la ubicuidad. Conforme a este criterio, el acaecimiento de cualquier elemento del delito dentro del territorio nacional justifica el ejercicio de jurisdicción territorial sobre el hecho punible. El criterio es complementado con consideraciones de proyección territorial relativas a la omisión simple, los actos preparatorios, la tentativa, la coautoría, la inducción y la complicidad. La fuente del criterio formal de la ubicuidad se encuentra en el Art. 113-1 CP francés. La fuente de los criterios complementarios de proyección territorial se encuentra en el § 9 CPA y el § 8-2 PAA.

24. Art. E inciso primero. El inciso segundo consagra criterios semi-formales para la aplicación del principio de la ubicuidad. En el derecho comparado estos criterios se entienden comprendidos en la consideración de los “efectos” del delito como un criterio de localización distinto de su resultado (Art. 6° CP italiano, Art. 8° CP suizo). La propuesta explicita la relevancia de los criterios semi-formales de localización mediante tres consideraciones: (i) los “efectos” pueden referirse a resultados o bien a acciones u omisiones ulteriores a la consumación del delito, (ii) los “efectos” pueden haber acaecido efectivamente o bien su acaecimiento puede haber sido intentado por el autor del delito, y (iii) la evitación de esos “efectos” debe en todo caso corresponder inequívocamente a la finalidad de la ley. Este último requisito es el que da al criterio su carácter semi-formal, impidiendo que un efecto cualquiera baste para justificar la jurisdicción territorial del Estado.

25. Art. F. El precepto consagra una remisión a las reglas del derecho público chileno y del derecho internacional público convencional reconocido por el Estado de Chile en materia de inmunidades procesales. La regla es redundante; su única función en el contexto de la propuesta, como lo era en el Art. 19 AP, consiste en poner de manifiesto que el principio de territorialidad (Art. C) no implica desconocimiento de las inmunidades.

26. Art. G inciso primero. El precepto dispone la aplicación de la ley penal chilena, en tanto *lex fori*, a todos los casos de ejercicio de jurisdicción penal por los tribunales de la República de Chile. La aplicación de la *lex fori* es el principio universal del derecho comparado en material penal.

27. Art. G inciso segundo. El precepto dispone la aplicación de la ley extranjera extrapenal para la calificación de un elemento constitutivo del delito de carácter normativo acaecido en el extranjero. El caso práctico más importante en el derecho comparado es el de la autorización administrativa.

28. Art. G inciso tercero. El precepto dispone la aplicación de reglas del derecho internacional público provenientes de fuentes no convencionales —para el caso de las

convenciones internacionales, su incorporación al derecho chileno satisface el principio de la *lex fori*- en casos de juzgamiento de crímenes internacionales. El presupuesto de la regla es la doble calificación del hecho como hecho punible: conforme a la ley penal chilena y conforme a las convenciones ratificadas por el Estado de Chile. La consecuencia de la regla es la aplicabilidad de las reglas y principios pertenecientes al derecho internacional conforme a su propio sistema de fuentes en materia de deberes de cuidado, incluidos los deberes de garante, y circunstancias eximentes de responsabilidad penal. La recepción de esas reglas es importante para asegurar la jurisdicción chilena frente a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional bajo el principio de la complementariedad.

Dado que por regla general los estándares de exigibilidad del derecho internacional público son particularmente intensos, la regla producirá efectos prácticos adversos a los intereses del acusado. La regla no contradice sin embargo el principio de legalidad: las condiciones necesarias de la punibilidad del hecho se encuentran establecidas por la ley penal chilena, ya sea las disposiciones del propio código penal, o la Ley 20.357 (D.O. 18.07.2009), si se decide mantener la regulación en el nivel de la legislación penal especial.

29. Art. G inciso cuarto. El precepto dispone la consideración –no aplicación- de la ley penal extranjera en tanto ley más favorable para los casos en que la responsabilidad penal conforme al derecho vigente en el lugar del hecho resulta más relevante: la responsabilidad de personas que gozan de inmunidad diplomática (Art. D N° 2, *supra*, 13), los casos de aplicación del principio de personalidad pasiva (Art. D N° 2 y 7, *supra*, 14 y 18), y los casos de aplicación del principio de jurisdicción universal (Art. D N° 9, *supra*, 20).

En el caso del Art. D N° 7, la consideración de la ley penal extranjera ya ha sido establecida como condición de procedencia de la jurisdicción extraterritorial (*supra*, II.18).

En el caso del Art. D N° 9, el principio de *lex mitior* se ve compensado por la función de la jurisdicción universal como realización del interés punitivo de la comunidad internacional: la impunidad o lenidad bajo el derecho vigente en el lugar del hecho una razón para la procedencia de la extradición del responsable a la jurisdicción que lo requiera (*dedere aut judicare*).

Finalmente, la consideración del derecho penal vigente en el lugar del hecho conforme al principio de *lex mitior* es también procedente en los casos de jurisdicción extraterritorial justificada por una convención internacional (Art. D N° 8, *supra*, 19), salvo disposición en contrario de la respectiva convención.

30. Art. H e I: en general. El Art. H establece los criterios de aplicabilidad temporal de la ley penal, es decir, consagra el derecho intertemporal penal. En general, su fuente se encuentra en el Art. 18 CP. La propuesta explicita cuestiones interpretativas originadas por el CP y toma posición respecto de ellas, en varios aspectos en oposición a las decisiones que adoptó el AP en sus Arts. 13 a 16. La regulación del Art. H es complementada por el Art. I, referido a la determinación del tiempo de comisión del hecho punible.

31. Art. H inciso primero. El precepto consagra como primera regla del derecho intertemporal penal el deber de aplicar la ley vigente al momento de la comisión del delito. A diferencia del Art. 18 inciso primero CP, que explícitamente prohíbe la aplicación de la ley penal con efecto retroactivo e implícitamente manda la aplicación de la ley penal vigente al momento del hecho punible, la propuesta establece explícitamente este imperativo e

implícitamente aquella prohibición, que por lo demás es una consecuencia práctica del Art. A. Su fuente se encuentra en el § 2-1 CPA y el § 3-1 PAA.

La previsión de esta regla clarifica el estatus de la ley penal derogada: ella sigue siendo la ley aplicable al hecho cometido bajo su vigencia, a menos que una ley posterior sea más favorable. Eso hace innecesaria una regla declaratoria en tal sentido como la que preveía el AP en su Art. 16.

El imperativo de aplicación de la ley vigente al momento del hecho (= prohibición de aplicación con efecto retroactivo) es extendido por la propuesta a las normas que regulan el delito, la pena, las consecuencias accesorias a la pena y las medidas de seguridad. La sujeción de las tres primeras clases de normas al principio es compartida por el derecho comparado. La sujeción de la medida de seguridad al mismo principio no es compartida por el CPA, el cual dispone la aplicación de la ley vigente al momento de la sentencia (§ 2-6). La propuesta sigue aquí al PAA, que sujeta todas las consecuencias del derecho penal al mismo principio del derecho intertemporal (§ 3-1), tal como lo hace también el CPE (Art. 2-1). Autorizar la aplicación con efecto retroactivo de las normas que establecen medidas de seguridad sólo es compatible con una regulación que las haga estrictamente alternativas a la pena, para el tratamiento de la peligrosidad proveniente de inimputables. En tanto las medidas de seguridad puedan imponerse conjuntamente con la pena y sus consecuencias accesorias, las normas relativas a ellas deben quedar también sometidas a la garantía de *lex praevia*.

32. Art. H inciso segundo. El precepto consagra el principio de *lex mitior*, que ordena aplicar retroactivamente la ley más favorable. Su fuente se encuentra en el inciso segundo del Art. 18 CP, así como en el § 2-3 CPA, el § 3-1 PAA y el Art. 2.2 CPE. El principio es consagrado bajo una distinción: la primera oración se refiere a la ley más favorable vigente al momento de la sentencia y la segunda a la ley intermedia más favorable. En ambos casos, se ordena la aplicación de la ley más favorable. En esto hay coincidencia con el Art. 14 inciso primero AP. Pero tratándose de la ley intermedia se prevé la posibilidad de que la ley derogatoria excluya su aplicación.

Desde un punto de vista formal la distinción es superflua porque la ley intermedia y su ley derogatoria tienen el mismo rango jerárquico que el código penal. No obstante, el hecho de que el código penal efectúe la distinción obliga al intérprete a preguntarse por su fundamento. Ese fundamento se encuentra en que sólo la aplicación de la ley más favorable vigente al momento de la sentencia –el caso de la primera oración– puede ser considerada como consecuencia de la prohibición de exceso derivada del principio de proporcionalidad y en tal calidad, como impuesta por las convenciones internacionales sobre derechos humanos (Art. 15.1 PIDCP, Art. 9 CADH). La distinción es importante, porque muchas veces la ley intermedia corresponde a un estado jurídico que se ha producido por error o inadvertencia del legislador; la afirmación explícita de su facultad para impedir que ese error tenga consecuencias respecto de hechos cometidos con anterioridad sirve de apoyo institucional frente a una eventual impugnación ante el Tribunal Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

33. Art. H inciso tercero. El precepto consagra la preponderancia del principio de *lex mitior* sobre la institución de la cosa juzgada. Su fuente se encuentra en el Art. 18 inciso tercero CP, conforme a la modificación introducida por la Ley 17.727 (D.O. 27.09.1972).

34. Art. H inciso cuarto. El precepto autoriza la formación de *lex tertia*, es decir, la combinación de las normas de la ley anterior y las normas de la ley posterior, para el caso en que ésta sea parcialmente favorable y parcialmente desfavorable. La regla remueve la objeción de la doctrina a la formación de la *lex tertia* por el tribunal. Si bien con ello se genera transitoriamente un trato más favorable cuyo carácter intensificado no puede justificarse en ninguna de las leyes consideradas aisladamente, la formación de *lex tertia* es la única manera de satisfacer cabalmente el principio de *lex mitior*.

El Art. 2-2 CPE dispone que sea oído el afectado en caso de duda acerca de la determinación de la ley más favorable. Lo mismo preveía el Art. 14 inciso tercero AP, agregando que su opinión no era vinculante para el tribunal. Semejante regla es superflua: el derecho del imputado o acusado a ser oído acerca de la determinación de la ley aplicable al caso es parte del debido proceso.

35. Art. H inciso quinto. El precepto regula la situación de las leyes temporales, ordenando su aplicación a pesar del término de su vigencia, impidiendo con ello la aplicación de la ley posterior más favorable. El CP no prevé el caso, pero la doctrina lo reconoce unánimemente; el AP lo preveía en su Art. 15. Su fuente se encuentra en el § 2-4 CPA, el § 3-2 PAA.

36. Art. I inciso primero. El precepto regula el tiempo de comisión del delito, es decir, el momento en que se entiende cometérselo para efectos de determinar si una ley penal tiene o no efecto retroactivo a su respecto. Para tal efecto, se atiende a la ejecución del comportamiento prohibido (delitos de comisión) o bien a la inejecución del comportamiento mandado (delitos de omisión). El CP no contempla una regla al respecto, pero la posición dominante de la doctrina chilena comparte el punto de vista sostenido por la regla. Su fuente se encuentra en el § 8 CPA y en el Art. 7 CPE.

37. Art. I inciso segundo. El precepto se pone en el caso en que se produzca un cambio legislativo mientras el delito se está cometiendo, cuestión que es particularmente relevante tratándose de los casos de unidad de acción prolongada temporalmente, como los delitos permanentes. El AP consideraba como ley aplicable al delito la que se encontraba vigente “al inicio de su comisión” (Art. 14). Esa regla corresponde al punto de vista de Mario Garrido Montt, pero carece de equivalentes en el derecho comparado y contradice el principio de la consideración de la (in)ejecución del comportamiento: los delitos cuya comisión/omisión se prolonga en el tiempo permanecen (in)ejecutándose.

El § 2-2 CPA, recogiendo la jurisprudencia alemana, dispone lo siguiente: “Si la conminación penal es cambiada durante la comisión del hecho, debe aplicarse la ley que se encuentra vigente a la terminación del hecho”. La doctrina mayoritaria alemana entiende esta como una explicitación de las consecuencias del § 2-1 CPA. Por tal razón, exige que los actos parciales de comisión del delito cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley satisfagan todos los presupuestos de la norma sancionatoria para que la nueva pena sea aplicable. Dado que esto mismo es lo que cabe sostener respecto de las leyes penales que cambian no ya la sola pena —la “conminación penal” a la que se refiere el § 2-2 CPA— sino los presupuestos de la punibilidad, se tiene que en rigor la regla del § 2-2 CPA es superflua. Bajo el principio de que la ley aplicable es la ley vigente al momento de la comisión del hecho, es obvio que todos los actos de consumación cometidos bajo la nueva ley se rigen por la nueva ley.

La propuesta adopta este punto de vista y formula la regla como una explicitación del alcance del inciso primero, distinguiendo entre el cambio favorable y el cambio desfavorable. Respecto del primero, ordena sin más la aplicación de la ley vigente el término de la comisión del delito. Respecto del segundo, subordina la aplicación de la ley vigente el término de la comisión del delito al cumplimiento de una condición: que la parte de la ejecución u omisión que tiene lugar bajo su vigencia realice todos los elementos del tipo.

38. Art. J. El Art. J establece el carácter de *lex generalis* de las reglas de la parte general del código penal. Siguiendo al Art. 9 CPE, la propuesta distingue para tal efecto entre los principios y reglas del título en cuestión (inciso primero) y las demás reglas de la parte general (inciso segundo). Estas son aplicables supletoriamente; aquéllas se entienden siempre aplicables. Desde un punto de vista formal, la distinción es superflua porque las leyes especiales tienen el mismo rango jerárquico que el código penal. Sin embargo, la distinción permite el control de las operaciones interpretativas de los encargados de aplicar las leyes penales, excluyendo la interpretación de éstas que sea contraria a los principios y las reglas sobre aplicabilidad de la ley penal.

El inciso tercero deja a cargo de la ley especial relativa a la responsabilidad penal juvenil la determinación de la aplicabilidad de las reglas del código penal al juzgamiento de los hechos por ella regidos. Su fuente se encuentra en el § 9 PAA.

39. Norma adecuatoria A. La norma sustituye el actual Art. 6° COT, atendida la nueva regulación sobre jurisdicción extraterritorial (Art. D).

40. Norma adecuatoria B. La norma introduce dos oraciones al final del inciso primero del Art. 170 CPP con el fin de someter al principio de oportunidad la persecución de algunos de los casos de jurisdicción extraterritorial (*supra*, II.11-vi). Se trata de los casos en que la pretensión de jurisdicción se justifica bajo el principio de la personalidad pasiva (Art. D N° 3 segunda parte, 6 y 7), o bajo el principio de la jurisdicción universal (Art. D N° 9). Para estos casos, el ministerio público cuenta con la facultad de no iniciar o abandonar la persecución penal, cuando se cumplen dos condiciones:

- (i) que el imputado no fuere habido en territorio chileno (*supra*, II.11-v);
- (ii) que el hecho no comprometa gravemente el interés de la República de Chile; la expresión se entiende comprensiva, al mismo tiempo, de la falta de interés público (Art. 170 CPP) y de la falta de una conexión relevante con el interés estatal para el caso de la jurisdicción universal (Art. 23-4 LOPJ).

La norma extiende el principio de oportunidad al caso de reconocimiento convencional de la jurisdicción extraterritorial (Art. D N° 8), como regla supletoria de la convención internacional respectiva.

Santiago, 27 de febrero de 2013