

MATUS, Jean Pierre. “El error en la Ley 20.357 a la luz del Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus efectos en la regulación general del error en Chile”.

Polít. crim. Vol. 9, N° 17 (Julio 2014), Art. 8, pp. 248-269.

[http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_17/VoI9N17A8.pdf]

El error en la Ley N° 20.357 a la luz del Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus efectos en la regulación general del error en Chile

Dr. Jean Pierre Matus Acuña

Prof. Titular de Derecho Penal de las Universidades de Chile y Finis Terrae

jpmatus@derecho.uchile.cl

Resumen

El texto ofrece una interpretación de los Arts. 37 y 38 de la Ley N° 20.357 en donde se establecen normas especiales para regular el error con respecto al elemento contextual de los crímenes contra la humanidad y en la defensa de cumplimiento de órdenes superiores, respectivamente. Aquí se exponen las diferencias entre esas normas específicas de la Ley N° 20.357, la interpretación del error en Chile –donde no existe una regulación legal general en esta materia–, y la regulación del error en los Arts. 32 y 33 del Estatuto de Roma. Se concluye que a pesar de las diferencias detectadas, ellas pueden ser minimizadas a través de la interpretación y, en cualquier caso, la probabilidad de que pudieran desencadenar la intervención de la Corte Penal Internacional es muy limitada. Al final, aquí también se da cuenta de que el régimen especial del error en la Ley N° 20.357 podría llevar a aceptar más ampliamente que el aspecto subjetivo de la responsabilidad penal puede incluir requisitos diferentes para los distintos elementos del delito al que se refieren y que éstos requisitos pueden ser establecidos por el legislador.

Palabras clave: Crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, elementos subjetivos de la responsabilidad penal, error, Chile.

Abstract

The text provides an interpretation of Articles 37 and 38 of Law No. 20.357 where special rules are established that regulate mistakes regarding the contextual element of crimes against humanity and in the defense of complying with superior orders, respectively. The differences between those special regulations in Law No. 20.357 are described and the interpretation of mistakes in Chile –where there is no general legal regulation in this matter–, and in Articles 32 and 33 of the Rome Statute. It is concluded that despite the detected differences, these can be minimized through the interpretation and, in any event, the likelihood that they could trigger the involvement of the International Criminal Court is very limited. Finally, the text exposes Law No. 20.357’s special treatment regarding mistakes could lead to accept more amply that subjective aspect of criminal responsibility may include different requirements for different elements of the offense to which they relate and that these requirements can be established by the legislature.

MATUS, Jean Pierre. “El error en la Ley 20.357 a la luz del Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus efectos en la regulación general del error en Chile”.

Key words: Crimes within the jurisdiction of the International Criminal Court, subjective elements of criminal responsibility, mistake defense, Chile.

Introducción

Según se lee en la Moción Parlamentaria de los senadores Espina, Gómez, Larraín, Muñoz y Ruiz-Esquide de 11 de marzo de 2009 (Boletín 6.406-7), el objeto del entonces Proyecto de Ley que Tipifica Delitos de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes de Guerra y que luego, prácticamente sin modificación alguna, se convirtió en la actual ley N° 20.357, fue “perfeccionar y adecuar la legislación chilena tipificando las conductas constitutivas de delitos y crímenes contenidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, con miras a la ratificación de dicho tratado”.

Allí se señala, además, que el propósito de la introducción de la Ley N° 20.357 entre nosotros fue establecer las bases para que la jurisdicción nacional pudiese hacerse cargo efectivamente de los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional, mediante la incorporación de los delitos que contempla su Estatuto, pero manteniendo “la relación de las normas” “con las contenidas en la Parte General del Código Penal” de modo que sólo en los casos que se estimó “indispensable, por el singular objeto de regulación” y la necesidad de cumplir las obligaciones existentes en esta materia en el Estatuto de Roma, se establecieron reglas “especiales”. En la *Historia* de la tramitación legislativa consta también que el carácter altamente político de este proceso, que debió lidiar con la intervención del Tribunal Constitucional¹ y los temores de quienes pensaban en la posibilidad de que se sometiesen a la Corte hechos cometidos durante la última dictadura militar, condujo a un proceso de elaboración del Proyecto fuera del Congreso, a cargo de un Grupo de Estudios especial dirigido por el fallecido Prof. Enrique Cury, lo que condujo en la práctica a una inexistente discusión de sus detalles en las respectivas Comisiones Parlamentarias, siendo sus disposiciones aprobadas en un proceso acelerado de tramitación y sin discusión particular.²

Pues bien, entre esas reglas “especiales” de Parte General aprobadas sin discusión particular, contenidas en el Título III de la Ley N° 20.357, bajo el epígrafe “disposiciones comunes”, encontramos dos referidas al tratamiento de casos en que la alegación de un error, esto es, de la ignorancia o falso concepto de la realidad, puede o no admitirse como excusa:

Primero, la del Art. 37, donde se establece que, tratándose de *crímenes de lesa humanidad*, esto es, *exterminio, asesinato, lesiones –incluyendo la experimentación médica forzada–, violación, abusos sexuales, forzamiento a la prostitución, abortos y embarazos forzados, reducción a la esclavitud, secuestros, desaparición forzada, torturas y desplazamiento de personas* cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una

¹ STC 8 abril de 2002, Rol N° 346. Sobre esta sentencia, véase ZAROR A., Kamel y BORDALÍ S., Andrés, “La Corte Penal Internacional ante la Constitución de 1980 (comentarios al fallo del Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 2002)”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XIII, N° 2 (2002), pp. 255-263.

² Biblioteca Nacional, *Historia de la Ley N° 20.357*, p. 33.

población civil que responda a una política del Estado o de sus agentes o de grupos armados organizados que ejerzan control sobre algún territorio o detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad, “es suficiente el conocimiento de que el acto forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que responde a un plan o [dicha] política, sin que se requiera el conocimiento de ese plan o política, ni de los aspectos concretos del ataque distintos del acto imputado”.

Y en segundo término, la de su Art. 38, cuyo inciso primero dispone que “el que obrando en cumplimiento de una orden superior ilícita hubiere cometido cualquiera de los delitos establecidos en la presente ley (crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes y delitos de guerra), sólo quedará exento de responsabilidad criminal cuando hubiere actuado coaccionado o a consecuencia de un error”, de donde resulta que el *error sobre la licitud* de dicha orden (esto es, la falsa creencia de que se trata de una orden lícita o la simple ignorancia de su ilicitud cuando no se la cuestiona ni valora de manera autónoma) eximiría de responsabilidad, pero sólo en casos de *crímenes de guerra*, pues como se agrega en su inciso segundo: “no se podrá alegar la concurrencia del error sobre la ilicitud de la orden de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad”.

Luego, confrontadas con lo señalado en la historia de la legislación, dos son los principales problemas que plantean estas reglas: primero, cuál sería su verdadero sentido y alcance, y en consecuencia, su carácter *especial* frente a las reglas generales de la responsabilidad penal; y en segundo lugar, cuál sería su grado de armonización con las disposiciones contenidas en el Estatuto de Roma, a efectos de evitar la intervención de la Corte Penal Internacional (en adelante, “CPI”). Cada uno de estos problemas se abordarán enseguida en este texto, concluyendo con las apreciaciones del autor acerca de los efectos que esta regulación podría producir en el entendimiento general de la teoría del error en Chile y las exigencias subjetivas de los delitos.

1. Interpretación de las reglas del error de la Ley N° 20.357.

1.1. La regla de la irrelevancia del error de tipo “accidental” del Art. 37, en el *elemento contextual* de los crímenes de lesa humanidad.

Como hemos señalado, el Art. 37 establece una regla especial que podríamos describir como de irrelevancia del *error accidental*, cuando recae sobre el conocimiento de los detalles del *elemento contextual* en los crímenes de *lesa humanidad*.

Tales crímenes, según el Art. 1° de la Ley N° 20.357, no se definen únicamente por la materialidad del *hecho individual*, descrita en los arts. 2° a 10°,³ sino porque ese *hecho*

³ Los *hechos individuales* que contemplan dichos artículos en algunos casos se describen remitiéndose directamente a las descripciones típicas contempladas en el Código penal (como en los delitos de *homicidio*, *lesiones*, *violación* y *abusos sexuales*), pero en otros se prefiere una descripción más cercana a los términos del Estatuto CPI, como sucede con el *exterminio*, la *reducción a la esclavitud*, el *forzamiento a la prostitución* y la *desaparición forzada de personas*. Aún en estos últimos casos, también los hechos pueden eventualmente reconducirse a figuras comunes aunque no necesariamente (por ejemplo, la reducción a la esclavitud mediante la compra y venta de personas del Art. 5°, N° 6°, de la Ley N° 20.357, esto es, el ejercicio de atributos de la

MATUS, Jean Pierre. “El error en la Ley 20.357 a la luz del Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus efectos en la regulación general del error en Chile”.

individual debe ir acompañado del *elemento contextual* que allí se describe y que, a su vez, consta de dos requisitos aparentemente diferenciados y copulativos: primero, que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil; y segundo, que dicho ataque responda a una política del Estado o de sus agentes, de grupos armados organizados con mando y control territorial o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos.

Es respecto a este segundo elemento que la Ley ha establecido un régimen especial frente a las normas generales del error y por eso nos detendremos en su análisis más detallado.

Como carecemos de otra información pública acerca de las razones para adoptar esta definición del *elemento contextual* diferente a la necesidad general de adaptar nuestra legislación al Estatuto de Roma, parece conveniente en este lugar recurrir precisamente a dicho Estatuto y a los *Elementos de los Crímenes* que en su conformidad se han acordado por la Asamblea de los Estados Parte, para precisar los conceptos técnicos que emplea el legislador nacional, conforme ha propuesto fundadamente entre nosotros Claudia Cárdenas.⁴

Así, por *ataque contra una población civil* ha de entenderse “una línea de conducta que implique la comisión de múltiples actos [...] contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política” (Art. 7º 2.a) del Estatuto de Roma), aunque “no es necesario que los actos constituyan un ataque militar” (*Elementos*, Art. 7, Introducción, Nº 3).

La Ley chilena y el Estatuto exigen que dicho ataque sea *generalizado* o *sistemático*. Sin embargo, a pesar del carácter *aparentemente* alternativo de estas calificaciones del *ataque*, ambas parecen relacionarse de otra manera en la definición misma de *ataque* antes transcrita. En efecto, la primera de ellas, de carácter *cuantitativo*, parece algo en parte superflua y en parte redundante respecto de la definición misma que se ha dado de *ataque*, cuando se exige que éste “implique la comisión de múltiples actos”, aunque no se lleguen todos a cometer. De lo que se trata más bien, entonces, es de remarcar el hecho de que los actos no se confundan con los crímenes comunes a los cuales el elemento contextual les otorga el carácter de internacionales, excluyendo los hechos aislados o arbitrarios,⁵ aunque tengan muchas víctimas. El que hace explotar una bomba o el tirador que en un colegio dispara a mansalva no comete un crimen contra la humanidad sólo por el carácter *masivo* de sus actos. Lo mismo sucede con la alternativa del carácter sistemático del ataque, elemento *cualitativo*, cuando la propia definición de *ataque* supone que se haga de conformidad o para promover determinada *política de Estado* o de un grupo organizado, lo cual –según la CPI– aunque no se encuentre explícitamente definida o formalizada supone que se tenga la capacidad de implementar una organización que importe un patrón regular de conducta, de acuerdo con un plan común que envuelva recursos públicos o la

propiedad sobre ellas, no es punible *per se* en la legislación común mientras ella no suponga, además, una privación de libertad o secuestro).

⁴ CÁRDENAS, Claudia, “La aplicabilidad del Derecho Internacional por los tribunales chilenos para interpretar la Ley Nº 20.357”, *Revista de Derecho* (Coquimbo), Vol. 20, Nº 2 (2013), pp. 121-145, p. 130 y s.

⁵ Ver, por todos, CPI, *Situation Kenya*, 31 de marzo de 2010, párr. 81.

determinación mínima de fines y recursos públicos o privados.⁶ Un violador en serie de mujeres que actúa *sistemáticamente*, pero no como parte de una política de Estado o de un grupo con control territorial o suficiente poder para asegurar su impunidad, tampoco comete un crimen contra la humanidad. De lo dicho se desprende que, en realidad, no es el carácter *masivo* o *sistemático* de los actos lo que les otorga el carácter de crimen contra la humanidad, sino la existencia de la *política de cuya ejecución son parte*.⁷ Por ello la jurisprudencia de la CPI ha entendido que la determinación de la existencia de una *política* que implique la comisión de esta clase de delitos es un requisito “esencial”, sin cuya comprobación no cabe hablar de delitos contra la humanidad.⁸

Dicho lo anterior, es necesario determinar un poco más el alcance de lo que una *política* de un Estado u organización ha de ser. Según los *Elementos de los Crímenes*, “se entiende que la “política de cometer ese ataque” requiere que el Estado o la organización promueva o aliente un ataque de esa índole contra una población”, aclarándose en nota al pie que ella “se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la Organización”. Hasta aquí parecería claro que *una política* sería bastante más que el devenir de los hechos “ante los ojos del Estado o la organización”. Un grupo de ciudadanos sin control territorial ni poder que garantice su impunidad que se organiza y decide “poner atajo a la delincuencia” matando al azar a una cantidad considerable de hombres mayores de 18 años de una determinada zona de la ciudad, no cometería un crimen de lesa humanidad si el Estado no promueve o alienta *activamente* tales conductas, aunque éste fuese incapaz de impedir los hechos o sancionar a los responsables. Sin embargo, la misma nota al pie de los *Elementos* señala que, “en circunstancias excepcionales, [la política] podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo”. Como la mencionada nota al pie aclara, en tales casos, “una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización”, es decir, es algo más que una *mera omisión* y debe implicar la conciencia de la posibilidad de actuación, esto es, una “*omisión deliberada*” con la intención de o *apuntando* “*alentar un ataque de ese tipo*”. Tal sería el caso de la *tolerancia* de tales actos, en la medida que se conozca su existencia y se justifiquen verbal o teóricamente por las autoridades del Estado o la organización, o de facto se otorgue “impunidad” a sus responsables identificados a través de decisiones procesales o de las autoridades policiales, como sucedía con los ataques de los grupos paramilitares nazis a los judíos en los primeros años de la “revolución nacionalsocialista”, *alentando así su reiteración*.

⁶ CPI, *Situation Republic of Côte d'Ivoire*, 3 de octubre de 2011, párr. 43.

⁷ Con razón, AMBOS, Kai, *Internationales Strafrechts*, 3. Ed., Múnich: H. Beck, 2011, p. 253, señala que en el fondo, la *función* del *policy elements*, de permitir distinguir un crimen contra la humanidad de actos individuales o arbitrarios, que seguramente constituyen crímenes según la legislación local, implica la existencia simultánea del elemento *cuantitativo* y del *cualitativo*. En el mismo sentido, señala Beltrán, después de analizar la jurisprudencia de la CPI en la materia, que “teniendo en cuenta que el elemento político es un requisito quenecesariamente debe concurrir en todo crimen de lesa humanidad, sólo cabe concluir que para efectos del criterio de la Corte todos los crímenes de lesa humanidad suponen la existencia de un ataque sistemático, aun cuando el Estatuto consagra de forma alternativa que el ataque puede ser sistemático o generalizado” (BELTRÁN C., Pablo, “Requisitos comunes a todo crimen de lesa humanidad”, en: CÁRDENAS/FERNÁNDEZ, *La Corte Penal Internacional*, cit. nota n° 14, pp. 49-59, p. 54 y s.

⁸ CPI, *Prosecutor vs. Callixte Mbarushimana, Decision on the Confirmation of Charges*, 16 de diciembre de 2011, pár. 266.

MATUS, Jean Pierre. “El error en la Ley 20.357 a la luz del Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus efectos en la regulación general del error en Chile”.

Configurado de este modo un delito contra la humanidad como un *hecho global* compuesto de dos elementos principales, a saber, primero, un delito grave o *hecho individual* de los mencionados en los Arts. 3° a 9° de la Ley N° 20.357; y segundo, por el *elemento contextual* de que dicho delito sea cometido “con la concurrencia de las circunstancias” de tratarse de un ataque generalizado y sistemático a la población civil en respuesta a una política de Estado o de una organización, de tal modo que “forme parte” de esa política, quedaría por dilucidar cuáles serían los elementos subjetivos necesarios para la imputación de ese *hecho global* y los *efectos del error* que sobre ellos recaigan.

Primero que nada, dado que para estos efectos la Ley N° 20.357 no estableció un régimen completamente autónomo respecto de las normas generales del Código, habrá que señalar que la subjetividad exigida respecto al *hecho individual* que se comete será lo que nosotros identificamos como conducta *dolosa*, esto es, cometida con conocimiento y voluntad de su realización (dolo directo), o al menos con la aceptación indiferente de la misma (dolo eventual), excluyéndose la imputación a título de culpa, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 2° del Código punitivo.

Según la doctrina dominante entre nosotros, una falsa representación de la realidad o la ignorancia de la misma, cuando recaen sobre alguno de los elementos del *hecho individual* excluirían el dolo, por *error de tipo*, tanto si es vencible como si es invencible, no subsistiendo la figura culposa cuando –como en la Ley N° 20.357– no existe disposición legal expresa que la sancione.⁹

Para poner un ejemplo, quien es invitado a un supuesto entrenamiento “virtual” en el manejo de “drones” frente a una pantalla que reflejaría las imágenes generadas por un programa de computación, pero que en realidad es el visor de un dron que está volando sobre una población a la cual se le indica que dispare, no comete el delito de *exterminio* del Art. 3° por más “puntos” que gane en el “entrenamiento” dando muerte a personas respecto de las cuales efectivamente exista una política de Estado para su exterminio, aún estando en conocimiento de dicha política, pues *desconocía que estaba matando personas en ese contexto y para tales fines*.

Como la Ley nada ha dicho en “especial”, también debieran aplicarse los criterios dominantes para la apreciación del error sobre los *elementos normativos* de los delitos contra la humanidad, esto es, la reducción de la exigencia cognoscitiva desde el conocimiento actual a la *valoración paralela en la esfera del profano*.

En cambio, el *elemento contextual* es calificado por la ley como una *circunstancia*, y claramente no forma parte de la subjetividad exigida para cada *hecho individual*.

⁹ En este aspecto no producen soluciones distintas las diferentes aproximaciones sistemáticas, “finalistas” o “neoclásicas”, como se desprende de la comparación de lo señalado en GARRIDO M., Mario, *Derecho Penal*, T. II, 3ª ed., Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2003, pp. 93 y ss., quien entiende el *error de tipo* como excluyente del *dolo como elemento de la tipicidad subjetiva* del hecho *versus* lo dicho por POLITOFF L., Sergio, *Derecho Penal*, T. I., 2ª ed., Santiago: Editorial Conosur, 2000, p. 342, quien lo entiende como *excluyente del dolo como elemento positivo de la culpabilidad*.

Esta calificación es, en principio, acertada pues es irrelevante que el responsable individual del crimen de lesa humanidad lo sea también de adoptar e implementar la política en cuyo contexto se comente alguno de los *hechos individuales* descritos en los Arts. 3° a 10° de la Ley N° 20.357. Quienes deciden e implementan tales *políticas* responden, en todo caso, aunque no se llegue a cometer ningún *hecho individual* de los descritos en los Arts. 3° a 10°, según las reglas de la conspiración, asociación ilícita y responsabilidad del superior y por el mando de los Arts. 14, 15, 35 y 36 de la Ley.

Luego, la pregunta que surge para determinar el efecto “especial” del Art. 37 de la Ley N° 20.357 es determinar cuál habría de ser la regla general aplicable al aspecto subjetivo y a los efectos del error sobre esta “circunstancia” que constituye al *hecho global*, en caso de que dicha regla especial no existiese.

Si el *elemento contextual* se entendiese como una circunstancia *calificante* o *agravante especial*, en la medida que los hechos individuales puedan –por regla general– reconducirse a figuras típicas ya existentes, parecería adecuado reconducir su tratamiento al principio expresado en el Art. 64 del Código penal (en adelante, “CP”), según el cual las circunstancias agravantes “que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas”.¹⁰

Sin embargo, el *elemento contextual* dista mucho de ser en estos casos una mera circunstancia agravante o calificante del hecho individual. Primero, porque la existencia de la política del Estado o de una organización en orden a la comisión de delitos contra la humanidad de manera generalizada o sistemática constituye de por sí un ilícito que hace personalmente responsables a quienes la adoptan, de conformidad con el Art. 14, que castiga la conspiración en los casos más graves y en los Arts. 35 y 36 ya citados.

Y en segundo lugar, porque el *elemento contextual* no consiste propiamente en algún elemento de la ejecución material del hecho individual o en alguno de los medios que se hayan empleado en ello. En este sentido, tiende a parecerse más bien a los elementos del delito cuya existencia material y características particulares no dependen necesariamente de la voluntad del agente, como el *objeto material* en los delitos de *violación impropia* y *tráfico ilícito de estupefacientes*.

En tales casos, hemos dicho que la subjetividad se bastaría con *la aceptación indiferente de la existencia del elemento del tipo penal que se trate*, esto es, con el dolo eventual. Así, quien acepta indiferentemente la posibilidad de que la persona con que yace sea menor de 14 años, por su configuración anatómica, el hecho de vestir de escolar, la falta de identificación oficial, etc., puede ser imputada del delito de violación impropia aunque *no*

¹⁰ Esto es lo que, por ejemplo, POLITOFF L., Sergio; BUSTOS R., Juan; y GRISOLÍA C., Francisco, *Derecho penal chileno*, Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1971, p. 168, proponían para determinar las exigencias subjetivas en la *comunicabilidad* de las circunstancias calificante del *veneno* en el homicidio del Art. 391 CP, aunque llegando a la conclusión de que ellas eran de carácter *personal* (por tener un “ingrediente de reprochabilidad”) y, por tanto, no reguladas por la parte transcrita del Art. 64, sino por aquella que exige también la presencia en los partícipes de la “disposición moral” en que tales circunstancias consistirían.

MATUS, Jean Pierre. “El error en la Ley 20.357 a la luz del Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus efectos en la regulación general del error en Chile”.

conozca la edad real de la víctima. Con mayor claridad, quien compra y vende sustancias estupefacientes en forma de pastillas elaboradas por terceros, al serle imposible una prueba personal o científica de la composición química o los efectos de *todo lo que trafica*, ha de aceptar sencillamente lo que se le señala como tal por la mera ostentación del objeto.¹¹

La diferenciación planteada apunta, como es claro, a las *exigencias del conocimiento*. En efecto, lo que estamos diciendo es que la naturaleza del objeto sobre el que recae dicho conocimiento determina el grado de exigencia del mismo: si se trata de la *ejecución material o de los medios* que para ello se emplean, se exige un conocimiento *actual*, tal es la regla del Art. 64 CP. En cambio, tratándose de circunstancias típicas *objetivas* que no consistan en la ejecución material del hecho o los medios empleados para ello, bastaría con un conocimiento *potencial* acompañado de la *aceptación indiferente de la existencia de tal circunstancia o de las particularidades que respecto de la misma exija la ley*.

Es en este punto en que el Art. 37 de la Ley N° 20.357 juega un rol relevante y, efectivamente, introduce una regla especial a medio camino entre las alternativas generales planteadas, que hemos denominado de irrelevancia del “error accidental”.

En efecto, por una parte, tal como el Art. 64 del CP hace respecto de las llamadas *circunstancias objetivas*, exige el Art. 37 de la Ley N° 20.357 un *conocimiento actual* “de que el acto forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población que responde a un plan o política” del Estado de una organización con control territorial o poder suficiente para asegurar su impunidad.

Pero, por otra, el *conocimiento* que se exige a continuación se limita a la *existencia de un plan o política* y a la *correspondencia del hecho individual* con el mismo, pero *no se exige conocer el contenido del plan ni sus detalles de ejecución*, pues la Ley señala que no se requiere “el conocimiento de ese plan o política, ni de los aspectos concretos del ataque distintos del acto imputado”.

Los términos amplios de la Ley, que podrían dar lugar a alguna confusión sobre todo en la frase que dice que no se requiere “el conocimiento de ese plan o política”, y que alguno pudiese interpretar aisladamente en el sentido de que, en realidad, el elemento cognoscitivo no es exigido, se aclaran a la luz de los *Elementos de los crímenes*, donde se explicita que el requisito de “conocimiento” del ataque, “no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización”.

En consecuencia, tratándose de *crímenes de lesa humanidad*, el *aspecto esencial cuyo conocimiento actual se exige es la existencia del plan y la correspondencia del hecho individual con ella*. Y *accidental*, y por tanto, *irrelevante* para la imputación es acreditar el conocimiento del contenido detallado del plan o política o sus implicancias para terceros.

¹¹ POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre; RAMÍREZ G., M^a Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 2^a ed., Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2005, p. 593.

Luego, la *regla especial* consiste en establecer una diferenciación del *alcance* del conocimiento exigido respecto del *elemento contextual* de los *crímenes de lesa humanidad*, y consecuentemente de los efectos del error sobre el mismo.

Como tal elemento es una circunstancia de la descripción típica, para nuestra legislación se trata, de conformidad con la doctrina dominante, de una modificación parcial de las reglas del *error de tipo*, respecto del *elemento contextual* en tales crímenes.

En consecuencia, nada dice esta regulación sobre la admisibilidad y efectos de lo que nosotros consideramos un *error de prohibición*, de conformidad con el tratamiento dominante en la materia.

Tampoco afectaría esta disposición al tratamiento del *error de tipo* en los delitos de *genocidio y crímenes de guerra*, siguiéndose a su respecto las “reglas generales” que se desprenden del CP.

Con todo, habrá que decir que si la regla especial del *elemento contextual* de los delitos de *lesa humanidad* supone el conocimiento actual del mismo, pero limitándola a su existencia y relación con el hecho individual que se trate, *a contrario sensu*, tal limitación no se exigiría tratándose del *elemento contextual de los crímenes de guerra*, esto es, que sean cometidos “en el contexto de un conflicto armado, sea éste de carácter internacional o no internacional”, cuyo conocimiento actual por parte del agente debería ser probado, lo cual, como veremos más adelante, constituye una significativa diferencia con el Estatuto CPI y los *Elementos de los Crímenes* correspondientes, que le asignan a nivel subjetivo un tratamiento similar al del *elemento contextual* en los delitos de *lesa humanidad*. .

1.2. La regla de la eximente de error en la *obediencia debida* del Art. 38 de la Ley Nº 20.357.

El Art. 38 de la Ley Nº 20.357 reconoce de manera “especial” y como regla general la eximente de obediencia debida, siempre que del cumplimiento de órdenes *ilícitas* de un superior haya consecuencia de un error.

Lo primero que llama la atención del texto es su referencia a las *órdenes ilícitas* que supongan la comisión de un delito contra la humanidad, genocidio o un crimen de guerra, dando a entender que podrían existir *órdenes lícitas* con ese contenido. Ello parece contrario a la idea misma de la existencia de un *derecho penal internacional*, cuya fuerza vinculante es independiente de la soberanía nacional. En este contexto, la existencia de legislación local que habilite la comisión de esta clase de delitos y por tanto, en regímenes jerarquizados permita que ello se ordene por un superior es contraria al *Derecho internacional*, y por tanto *ilícita internacionalmente*, como quedó asentado en el llamado *Caso de los Juristas* en los Juicios de Núremberg seguidos bajo la Ley del Consejo de Control Nº 10, tras el cese del funcionamiento del Tribunal Militar Internacional.¹²

¹² *United States of America v. Alstötter et al.* ("The Justice Case") 3 T.W.C. 1 (1948), 6 L.R.T.W.C. 1 (1948), 14 Ann. Dig. 278 (1948). Disponible en Internet en <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/alstoetter.htm> [visitado el 13 de marzo de 2014].

MATUS, Jean Pierre. “El error en la Ley 20.357 a la luz del Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus efectos en la regulación general del error en Chile”.

De allí que un sistema político como el nuestro que reconozca que la soberanía nacional se encuentra limitada por los tratados vigentes en materia de derechos humanos, como hace el Art. 5° de la Constitución Política de la República,¹³ parece implicar que no es posible aceptar la *licitud material* de regulaciones que habiliten ordenar crímenes contra la humanidad, genocidio o un crimen de guerra. Además, si así fuera, se borraría con el codo lo que se ha escrito con la mano, al permitir por esta vía la impunidad de tales hechos, al poder ser reconducidos a la eximente genérica de *cumplimiento del deber o ejercicio legítimo de un derecho*, del Art. 10 N° 10 CP, con la consecuencia de que no se lograría el objetivo de la Ley en el sentido que la Corte Penal Internacional no pudiese actuar respecto de tales hechos, pues una disposición legal que habilitase ordenar la comisión de estos crímenes sería el equivalente a la decisión general del Estado de “no estar dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento” de tales hechos, gatillando con ello la eventual intervención *complementaria* de la comunidad internacional, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 17.1, letras a) y b) del Estatuto CPI.¹⁴

Luego, habrá de convenirse que la expresión *orden superior ilícita* no supone la licitud potencial de una orden de cometer un delito contra la humanidad, genocidio o un crimen de guerra, sino simplemente un pleonasma que enfatiza el carácter ilícito de tales órdenes. Y, en consecuencia, que nunca existirá a su respecto, en la objetividad jurídica, la justificación de *cumplimiento del deber o ejercicio legítimo de un derecho*.

En segundo lugar, es también llamativo que tratándose de una regulación que pretendía adecuarse a lo establecido en el Estatuto de Roma, existiesen diferencias tan notorias con la regulación que allí se establece respecto de la obediencia a *órdenes de superiores y disposiciones legales*. En efecto, su Art. 33 dispone al respecto:

“Art. 33. *Órdenes superiores y disposiciones legales*

1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

- a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;
- b) No supiere que la orden era ilícita; y
- c) La orden no fuere manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas”.

¹³ Véase al respecto, CUMPLIDO C., Francisco, “Alcances de la modificación del Art. 5° de la Constitución Política chilena en relación a los Tratados Internacionales”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, N°s 2 y 3, T. I. (1996), pp. 255-258.

¹⁴ Sobre las dificultades interpretativas que presentan estas disposiciones a diez años de su entrada en vigencia, véase SEGOVIA A., Antonio y CONTRERAS R., Marcelo, “El principio de complementariedad y el ejercicio de la competencia en el Estatuto de Roma. Una visión crítica”, en: CÁRDENAS A., Claudia y FERNÁNDEZ N. Karina (Eds.), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años: Un enfoque práctico*, Santiago: Thomson Reuters, 2013, pp. 264-302.

Al comparar los textos aparece en primer lugar y con claridad que lo que la ley chilena menciona como *coerción* en general se entiende en el Estatuto no como una situación de *coerción material* (cuya regulación general se encuentra en el Art. 31.1.d) del Estatuto), sino normativa: que la presunción que surge de que “el inculpaado estuviere obligado por ley a obedecer”, como se desprende “de los deberes involucrados en cualquier estructura militar”.¹⁵ De haberse incorporado al derecho local una regla similar, la integración de las normas de los Arts. 159 CP y 335 del Código de justicia militar (en adelante, “CJM”), sobre obediencia debida, sería mucho más fluida, sobre todo en los casos de *crímenes de guerra*, cuyos destinatarios naturales son los miembros de las Fuerzas Armadas, como veremos más adelante.

Ello por cuanto el fraseo del Estatuto, al referirse a las *órdenes manifiestamente ilícitas*, es más fácilmente armonizable que el del Art. 38 de la Ley N° 20.357 con las disposiciones vigentes del CJM, donde se habla de la orden que tiende “notoriamente a la perpetración del delito” y no ofrece dudas acerca del hecho de que la orden de cometer esta clase de delitos es ilícita, ofreciendo una distinción más practicable en los ordenamientos militares y sobre todo con relación a los *crímenes de guerra*, entre aquellas que no tienden *manifiesta* o *notoriamente* a la comisión del delito de aquellas que sí.

Y en segundo término, que la *coacción jurídica* del Art. 32.1. a) del *Estatuto* no se presenta como una *alternativa* al *error*, sino como un requisito previo para aceptar la excusa de *obediencia debida*.

En síntesis, podría decirse que una regulación como la del Estatuto CPI, adaptada a la legislación nacional significaría que la *obediencia debida* se admitiría como excusa sólo en casos de órdenes de cometer *crímenes de guerra* que no fuesen manifiestamente ilícitas y respecto al personal obligado por la ley a cumplir órdenes, siempre que el que las ejecuta desconociera su ilicitud. La coacción material debiera, por tanto, tratarse separadamente, conforme a la regulación general o a una regulación especial que recogiese lo establecido en el Art. 31.1.d) del Estatuto CPI.

En tales casos, la representación e insistencia que prevé el Art. 335 CJM para el caso de suspender el cumplimiento de una orden “que tiende notoriamente a la perpetración de un delito” no sería excusa tratándose de *crímenes de guerra* y la *desobediencia* resultante, esto es, la *omisión de cumplir una orden*, podría considerarse un conflicto de deberes respecto al de obediencia del Art. 333 del mismo cuerpo legal, conflicto cuya solución a favor del *desobediente* se encontraría cubierta por la eximente del Art. 10 N° 12, esto es, precisamente, *la omisión por causa legítima*,¹⁶ dado que en esta clase de *crímenes* no se admite la excusa de la obediencia debida si se trata de cumplir una orden *manifiestamente ilícita*.

¹⁵ CASSESE, Antonio; ACQUAVIVA, Guido; FAN, Mary; WHITING, Alex, *International Criminal Law, Cases & Commentary*, New York: Oxford U. Press, 2011, p. 464.

¹⁶ Sobre el alcance de este artículo y su potencialidad para abarcar el problema del conflicto de deberes, véase HERNÁNDEZ B., Héctor, “Comentario al Art. 10 N° 11” en: HERNÁNDEZ B., Héctor y COUSO, Jaime (Dirs.), *Código penal comentado, T. I*, Santiago: Thomson Reuters, 2012, p. 278.

MATUS, Jean Pierre. “El error en la Ley 20.357 a la luz del Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus efectos en la regulación general del error en Chile”.

Por otra parte, tratándose de *crímenes de lesa humanidad* o *genocidio*, la excusa de la *obediencia debida* no sería admisible de *iure*, por no permitirse alegar el desconocimiento de la manifiesta ilicitud de la orden, con total independencia de la posición subjetiva del autor al respecto, esto es, de la existencia material del *error sobre la ilicitud de la orden* en el caso concreto. Ello impediría en la generalidad de los casos alegar la regla de obediencia que el Art. 159 CP establece a favor de los empleados públicos no pertenecientes al orden militar, pues los delitos contra la libertad y seguridad a que ella se refiere seguramente constituirían supuestos de *crímenes de lesa humanidad*, de cometerse en el contexto que les da relevancia internacional.

Sin embargo, como ya dijimos esta no es la regulación de la Ley N° 20.357.

Allí se parece admitir la posibilidad de alegar *obediencia debida* en las tres clases de delitos que abarca, con independencia de si la orden es o no manifiestamente ilícita, siempre que el imputado pruebe que ha actuado *coaccionado* o bajo un *error*, salvo el caso que se pretenda alegar un “*error sobre la ilicitud de la orden*” de cometer un delito de *genocidio* o *contra la humanidad*.

Luego, tratándose de *crímenes de guerra* parece admitirse la excusa de la *obediencia debida* en términos más amplios que los antes señalados, permitiéndola incluso para el que recibe una orden notoriamente tendiente a la perpetración de un delito, con tal que pueda alegar un *error sobre su ilicitud*. En los hechos, ello significaría que el sistema de *representación e insistencia* del Art. 335 CJM produciría el efecto inesperado de probar el conocimiento de la ilicitud y no de eximir la conducta, por lo que paradójicamente, convendría a los subordinados *no representar* ni *averiguar* sobre la ilicitud de la orden recibida y mantenerse en la ignorancia, evitando así de paso ulteriores responsabilidades. Esto es, al no distinguir la ley nacional entre órdenes que notoria o manifiestamente conduzcan a la comisión de un delito y las que no parece fomentar la *práctica de un sistema de obediencia jerárquica ciega*, pues todo cuestionamiento de la licitud de las órdenes generaría responsabilidad, si con ello se despeja el error acerca de la ilicitud de la orden.

En cambio, el sistema del Estatuto produciría el efecto ya antes mencionado de acentuar el sistema de obediencia reflexiva, al establecer el deber de no actuar en caso de recibir una orden que tienda manifiesta o notoriamente a la perpetración de un *crimen de guerra*.

Nada explica la Ley ni menos su tramitación parlamentaria qué puede significar la expresión “error sobre la ilicitud de la orden”. Por tanto, en términos generales, diremos que consiste en una ignorancia de la ilicitud de la orden, lo que lleva a creerla lícita, o en la falsa representación de que es lícita. La Ley no distingue el origen de esta creencia ni el objeto sobre que recae (la valoración jurídica o la apreciación de los hechos), ofreciendo un tratamiento unitario al error sobre la ilicitud de la orden sea que éste provenga de una errónea valoración jurídica o de “no haber abierto mejor los ojos” para apreciar si en los hechos se daban o no las circunstancias fácticas que, al ser presupuesto de una causal de justificación, pueden o no tornar en lícita o ilícita una conducta.

Luego, las situaciones detalladas en que esta clase de error podría presentarse serían las siguientes:

a) El agente cree erróneamente que la orden que efectivamente ha recibido es lícita, en el sentido que su ejecución no se encuentra prohibida tanto por la Ley N° 20.357 como por el Derecho Internacional Humanitario a que se remite (*error directo de prohibición*);

b) El agente sabe que la orden es aisladamente considerada ilícita, pero cree por una errónea comprensión jurídica que ella es lícita, porque se encuentra justificada por alguna disposición de orden interno o internacional, que no existe –como el *cumplimiento del deber* en esta clase de delitos– o cuyo alcance no ha comprendido correctamente –como en los casos en que se admite la legítima defensa o el estado de necesidad– (*error indirecto de prohibición, en general*);

c) El agente sabe que la orden es aisladamente considerada ilícita, pero cree que ella se torna lícita porque se encuentra justificada por alguna disposición de orden interno o internacional, como legítima defensa o estado de necesidad, por una errónea apreciación de los hechos que fundamentan la justificante que existe (*error sobre los presupuestos objetivos de justificación*);

d) El agente sabe que la orden es ilícita, pero cree por una errónea valoración jurídica que se encuentra *obligado a actuar*, y por tanto, que su actuar se encuentra excusado por una causal de *exculpación*, como la *obediencia debida* (*error sobre la existencia de una causal de exculpación*); y

e) El agente sabe que la orden es ilícita, pero cree por una errónea apreciación de los hechos que su incumplimiento le acarrearán graves consecuencias personales, suponiendo equivocadamente que se encuentra en una situación de *inexigibilidad de otra conducta* (*error sobre los presupuestos objetivos de una causal de exculpación*).

Para todos estos casos, tratándose de *crímenes de guerra*, el Art. 38 de la Ley N° 20.357 ofrece la solución unitaria de considerar el hecho exento de pena si está presente el “error” que se trate, sin atención a su evitabilidad o no, ni al objeto sobre que recae (una valoración jurídica o de hecho). En cambio, tratándose de *delitos contra la humanidad* y de *genocidio*, el tratamiento unitario es el inverso: no se exime de la pena.

En esta solución resuenan claramente los ecos de la discusión entre las teorías de la *culpabilidad* y, precisamente, la postura de la llamada *teoría extrema de la culpabilidad*, que ofrece a los supuestos de *error de prohibición* un tratamiento unitario sin atender al objeto sobre que recaen (una valoración jurídica o de hecho).¹⁷

Finalmente, no está demás señalar que la ley al regular expresamente el efecto y limitaciones del *error del subordinado que cumple una orden*, no afecta a la responsabilidad del superior, regulada por el Art. 36 de la Ley N° 20.357.

¹⁷ Esta teoría fue defendida entre nosotros precisamente por uno de los redactores del Proyecto de Ley, don Enrique Cury, quien en todo caso la había abandonado en la 7ª edición de su *Derecho Penal*, publicada poco antes de su participación en el proceso legislativo (CURY, Enrique, *Derecho penal*, 7ª ed., Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2005, p. 448), sólo en cuanto a sus *efectos*.

MATUS, Jean Pierre. “El error en la Ley 20.357 a la luz del Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus efectos en la regulación general del error en Chile”.

El problema que surge es cuál ha de ser entonces la regulación del error del *superior*, *error* cuya existencia es incluso uno de los presupuestos de la representación de la orden, según el Art. 335 CJM.

El Art. 32.2. del Estatuto CPI reconoce en tal caso relevancia plena al *error de hecho* del superior y también al *error de derecho* que elimina el elemento intencional del delito. Sin embargo, al establecer las reglas de *obediencia debida* como *excepción* a la regla general del Art. 32.2., según la cual “el error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de competencia de la Corte no se considerará eximente”, parece dar a entender que el *superior no puede* alegar un error sobre la ilicitud de la orden que emite, ni aún tratándose de órdenes de cometer crímenes de guerra que no sean manifiestamente ilícitas.

Pero la legislación nacional nada dice al respecto y, por tanto, para dilucidar si estas reglas son aplicables en Chile, debemos abordar el siguiente punto de la exposición.

2. La adecuación de las normas de la Ley N° 20.357 a las supuestas exigencias de implementación del Estatuto de Roma, en materia de error.

Como no hay en la Ley N° 20.357 otras disposiciones “especiales” de Parte General relativas al *error*, habrá que entender, según su historia fidedigna que ello *no* se estimó “indispensable, por el singular objeto de regulación” y que la regulación general del error en nuestro Derecho permitiría armonizar nuestra legislación en este materia, de modo que no se pudiese gatillar la competencia de la Corte Penal Internacional por incapacidad del Estado para investigar o juzgar los crímenes contra el derecho internacional cometidos en el territorio nacional.

Luego, uno supondría que la regulación general del error entre nosotros sería perfectamente compatible con la que el Estatuto establece en su Art. 32:

“Art. 32. *Error de hecho y error de derecho*

1. El error de hecho eximirá la responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen;
2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto [*obediencia debida*]”.

Pero es sabido que, al contrario del Derecho alemán o español, no contamos con una regulación *legal* específica y con carácter general acerca del error en materia penal.

A pesar de ello, es claro que se ha llegado a un consenso en torno a considerar superada la distinción entre *error de hecho* y *error de derecho*, reemplazándola por una amplia admisión tanto del *error de tipo* como del de *prohibición*, incluso en la práctica de los

tribunales.¹⁸ La discusión actual se centra más bien en torno a cuáles serían los requisitos y efectos de admitir uno u otro, dependiente primero de la adopción del concepto de *dolo* como comprensivo o no de la valoración jurídica del hecho, como parece desprenderse de la propuesta actual de Etcheberry;¹⁹ y en segundo lugar, entre quienes rechazan que el dolo comprenda la valoración jurídica del hecho, de la aceptación o rechazo de un tratamiento diferenciado del *error sobre los presupuestos objetivos de las causales de justificación*, el cual ha sido aceptado incluso por Enrique Cury, antes defensor de la *teoría extrema de la culpabilidad* que, más compatible con el sistema finalista ortodoxo, lo rechazaba.²⁰

El problema de la existencia simultánea aunque en órdenes diferentes de ambas regulaciones, es que el grado de divergencia que se manifieste entre el Estatuto de Roma y la interpretación que se ofrezca de las escasas disposiciones legales locales existentes en materia de error determinará el grado de las posibilidades de gatillarse la competencia de la Corte Penal Internacional, si dicha divergencia implicase la existencia de casos que, conforme al Derecho local hayan de quedar *impunes*, esto es, no puedan materialmente ser investigados o juzgados.

Este sería, según Gerhard Werle, el caso del *error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación*, que al no afectar el elemento intencional de cada crimen en particular, no excluiría la responsabilidad según el Estatuto, a pesar de que “los ordenamientos jurídicos estatales, en supuestos análogos, eximen de pena en forma unánime”, incluso en el *common law*. En la interpretación de Werle, este también sería el caso del error sobre los *elementos normativos* de cada crimen: para el Derecho Penal Internacional sería impune por causa de error quien dispara contra un vehículo de la Cruz Roja creyéndolo un tanque enemigo a causa de la niebla (*error de hecho* sobre los “presupuestos materiales de la punibilidad”), pero no quien cree posible dispararle cuando no se ha informado de su paso siguiendo las formalidades exigidas (*error sobre la valoración jurídica* del “presupuesto material”), supuesto que la doctrina continental considera un caso especial de *error de tipo*.²¹

Según Kai Ambos, estas divergencias demostrarían la “superioridad” de la distinción alemana entre *error de tipo* y *error de prohibición*, según la interpretación dominante “post finalista” de los §§ 16 y 17 *StGB* que acepta, por cuanto ello permitiría un mayor respeto del “principio de culpabilidad”, que la anglosajona entre *error de hecho* y de *derecho*. Por lo mismo, la omisión de una regla similar a la del Art. 32 del Estatuto CPI en el Código Penal Internacional Alemán y su remisión al *StGB* le parece una decisión “justificada”.²²

¹⁸ Por todos, véase POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre; y RAMÍREZ G., M^a. Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 2^a ed., Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2004, pp. 326 y ss. Sobre la amplia aceptación de esta distinción en la práctica de los tribunales, véase RAMÍREZ G., M^a. Cecilia, “Delito de desacato asociado a causas de violencia intrafamiliar y error de prohibición. Perspectiva de los tribunales con competencia en materia criminal”, *Gaceta Jurídica* N° 381 (2012), pp. 23-45.

¹⁹ ETCHEBERRY O., Alfredo, *Derecho Penal, T. I., 3^a ed.*, Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1998, p. 334 Y s.

²⁰ Ver nota al pie N° 17.

²¹ WERLE, Gerhard et al., *Tratado de Derecho penal Internacional*, CÁRDENAS et al., (Trad.), Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 256. Así también, recientemente, VERSEVELD, Annemike van, *Mistake of Law*, La Haya: Asser Press, 2012, p. 161.

²² AMBOS, *Internationales Strafrechts*, cit. nota n° 7, p. 100.

MATUS, Jean Pierre. “El error en la Ley 20.357 a la luz del Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus efectos en la regulación general del error en Chile”.

Que la discusión no es sólo teórica lo muestran los escasos pero relevantes casos donde se ha pretendido alegar el desconocimiento de la ilicitud de las conductas por las cuales se formulan cargos. Este fue el caso que abordó la primera decisión jurídica de la CPI, al rechazarla en la decisión de formulación de cargos contra Thomas Lubanga por el crimen de guerra de alistamiento de menores de 15 años de edad. La defensa de Lubanga argumentó que ni el Congo ni Uganda habían puesto en conocimiento de los habitantes de Ituri la ratificación del Estatuto de Roma. Este alegato fue rechazado por la Sala de Cuestiones Preliminares con base tanto a lo dispuesto en el Art. 32.2. del Estatuto CPI como a la falta de evidencias de lo que se sostenía.²³

Ahora bien, si suponemos que estas observaciones de la dogmática de origen alemán se tomaron en cuenta para omitir entre nosotros la trasposición de las reglas del Estatuto de Roma en materia de *error de hecho* y *error de derecho*, podríamos darnos por satisfechos dado que significaría que habríamos mantenido incólumes los pilares del “principio de culpabilidad” (y el desarrollo de los conceptos doctrinales en materia de error) a un costo más o menos bajo: la eventualidad de que en un caso particular el imputado inculparable no sea condenado y se deba discutir ante la CPI si ello es producto del juicio efectuado seriamente o no o de la incapacidad del Estado para investigarlo y juzgarlo.

Sin embargo, Mariano Melendo ha señalado que la rigidez de las interpretaciones de Werle y Ambos sobre las reglas del error y del contenido del *elemento intencional* en cada crimen de competencia de la Corte Penal Internacional, con sus consecuentes limitaciones y aparentes desviaciones del “principio de culpabilidad”, parece más bien provenir del *background* de la formación dogmática alemana antes que de una interpretación ajustada a la literalidad del Estatuto y al sistema del *common law*. En efecto, según este autor, en la medida que los *elementos normativos* de los crímenes forman parte de su definición como tal, un error de valoración jurídica de los mismos que excluya el conocimiento exigido en cada caso (“estoy atacando un carro con los símbolos de la Cruz Roja que, por no haber advertido su paso según las formalidades del caso, *creo es un carro del enemigo camuflado*”), produciría el efecto de eximir de la responsabilidad penal aún si se le considera como *error de derecho* (error sobre la valoración jurídica), tal como prevé la segunda parte del Art. 32.2 del Estatuto. Por otra parte, la tradición del *common law* a que se hace referencia también aceptaría considerar como un *error de hecho* el desconocimiento de las *disposiciones extrapenales* del Derecho Internacional Humanitario a que hacen frecuente referencia los crímenes de guerra descritos como *leyes penales en blanco*. Y en cuanto al error sobre los *presupuestos objetivos de las causales de justificación* (un guardia mata a un prisionero creyendo que se encuentra a punto de atacarlo al intentar sacar algo que brilla y guarda bajo sus ropas con el mismo movimiento con que suelen sacarse las armas ocultas, en circunstancias que sólo trataba de sacar un encendedor metálico), se trataría de una valoración de hecho y no jurídica cuyo efecto en la exclusión del *elemento intencional* de los delitos que se trate dependería no de la regulación del error del Estatuto sino de si se acepta o no que las excusas puedan integrarse al concepto de cada crimen que

²³ CPI, *Prosecutor v. Lubanga Dylo*, PTC I *Decision on the confirmation of charges*, 29 de enero de 2007, párs. 296, 305 y 306. En el 305 se lee: “The Chambers observes, [...], that the scope of mistake of law within the meaning of article 32(2) is relatively limited”, transcribiendo su texto sin hacer mayor cuestión acerca de su sentido y alcance.

se trate, esto es, que la *mens rea* pueda referirse tanto a los elementos materiales del crimen como a los de su justificación o excusa. A lo anterior puede agregarse que precisamente ese caso depende también de otra discusión ajena a la regla del error en general, como es la relativa al alcance y contenido de las justificantes (y también exculpantes), que precisamente en el *common law*, tal como lo reconoce Werle, permiten alegarse no sólo cuando concurren *objetivamente*, sino también cuando el agente se encuentra en posición de *creer razonablemente* que existe un ataque o el estado de necesidad que motiva su actuar.²⁴

Por otra parte, el propio Ambos parece haber recientemente *flexibilizado* su interpretación inicial del Estatuto CPI y ahora acepta que los errores sobre los elementos normativos *deben* tratarse como *errores de hecho*, según el Art. 32.1. del Estatuto CPI, que la cuestión crucial sobre la valoración jurídica de algún elemento del crimen que se trata radica en si el error sobre la misma *puede excluir o no el elemento mental de ese crimen*, y si así sucede, exime al acusado de responsabilidad penal, y que incluso el *error sobre un presupuesto objetivo de la causal de exculpación*, debería admitirse debiendo aplicarse por analogía lo previsto en el Art. 32.1.²⁵ Y en cuanto a la irrelevancia de la *ignorantia iuris* cuando recae en *crímenes de lesa humanidad y genocidio*, ya desde antes no parecía Ambos del todo en desacuerdo, pues estimaba tendría alguna justificación desde un punto de vista del *derecho natural*, recurriendo a los conceptos de *mala in se* y *mala quia prohibita*, “y calificar a los

²⁴ MELENDO, Mariano, *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Barcelona: Atelier, 2008, resumidamente, en pp. 117-121. Sobre la situación en el *Common Law*, véase, por todos, SAMAHA, Joel, *Criminal Law*, 4ª. Ed., St. Paul (Minnesota): West, 1993, pp. 237 (error sobre los presupuestos objetivos de la causal de justificación) y 290 (errores de prohibición admisibles, como los que se producen al seguir una instrucción oficial), y POULOS-MOBILIA, Athy, “Ignorance or Mistake of Law-- Will the Memory Ever Fade?: People v. Marrero,” *St. John’s Law Review*, Vol. 62, Nº 1 (1987), donde se señala que la legislación y jurisprudencia norteamericana reconocen que el error sobre los *elementos normativos* (que hace desaparecer la intencionalidad) e incluso casos limitados de *error directo de prohibición* tratándose de legislaciones modernas y complejas.

Una versión de la interpretación de las reglas del *error de derecho* en el Estatuto CPI, compatible con estas excepciones aceptadas en el *common law* puede verse en CASSESE, *International Criminal Law*, cit. nota nº 15, p. 507.

Otra cuestión es si el Estatuto CPI recoge una versión más o menos objetiva de legítima defensa que permita o no alegar la creencia racional de la existencia de una causal de justificación, lo cual es admitido, indirectamente por Bantekas, al estimar que una creencia razonable en la existencia de un ataque podría hacer aplicable una defensa *preventiva* justificada por el Art. 31.1.c) del Estatuto, a pesar de afirmar que el parámetro de la razonabilidad es “objetivo” (BANTEKAS, Ilias, *International Criminal Law*, 4ª ed., Oxford y Portland: Hart Publishing, 2010, p. 113). Por su parte, Bassiouni, estima que la *razonabilidad* como parámetro para aceptar una eximente como la legítima defensa o el estado de necesidad supone un componente *subjetivo* cuya ausencia elimina el elemento intencional del crimen, con lo que se llega a similar resultado (BASSIOUNI, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law*, New York: Transnational Publishers, 2003, p. 286).

Sin embargo, aún reconociendo el conjunto de estas excepciones al principio *ignorantia iuris non excusat*, Vogeley estima que ellas conducen a importantes grados de incertidumbre incompatibles con la racionalidad esperable de la ley y que, por lo mismo, no alcanzan para subsanar la falta de respeto al *principio de culpabilidad*, en la forma que si lo permitiría la doctrina alemana (VOGELEY, Scott, “The Mistake of Law Defense”, en: YEE, Sienho, *International Crime and Punishment*, Vol. I., New York: New York University Press, 1984, pp. 59-100).

²⁵ AMBOS, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Vol. I.*, Oxford: Oxford U. Press, 2013, pp. 372-374.

MATUS, Jean Pierre. “El error en la Ley 20.357 a la luz del Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus efectos en la regulación general del error en Chile”.

crímenes internacionales graves como “malos en sí”, delitos naturales o lesión de normas nucleares cuya prohibición y ámbito de vigencia material todos deben conocer”.²⁶ De este modo, la crítica a la regulación del Estatuto CPI se reduciría al supuesto alejamiento del principio de culpabilidad al prohibirse la alegación de un error de prohibición directo respecto a los hechos *mala quia prohibita*, como sucedería típicamente en buena parte de los *crímenes de guerra*.

Pero, como ya hemos señalado, precisamente para esos casos el Art. 33 del Estatuto CPI prevé una regla especial que le da relevancia al *error de derecho*, esto es, a la errónea valoración jurídica del hecho (si está prohibido o no en general y cuál sería el alcance de dicha prohibición en particular) en el cumplimiento de órdenes que no sean *manifiestamente ilícitas*. La discrepancia en el caso concreto ya sería una discusión de interpretación del alcance del Art. 33 y subsunción de los casos concretos al mismo, pero no un defecto del sistema del Estatuto CPI tan grave que no pueda aceptarse su trasposición al derecho local. Es más, ahora Ambos propone que, en general, para superar esas discrepancias bastaría con reconocer como *principio general del Derecho* la excusa del *error de prohibición*, de conformidad con el Art. 31.3 del Estatuto CPI en relación con su Art. 21.²⁷

Por otra parte, hay que reconocer que entre nosotros la admisión del *error de prohibición directo* siempre ha venido acompañada de limitaciones que producen efectos similares al discurso de derecho natural con que Ambos justificaba la irrelevancia del desconocimiento de la prohibición de los crímenes contra la humanidad y el genocidio. Así nosotros mismos hemos sostenido que “es más o menos claro que por regla general el hechor tiene *conciencia de la antijuricidad de su conducta*, y sólo en casos muy excepcionales existirá un *error de prohibición*”, agregando que:

“particularmente ello sucede frente al alcance de normas fundamentales que tengan que ver con la protección de bienes jurídicos universalmente admitidos. Ello vale respecto de hechos de los que "cualquiera sabe que están prohibidos" y que pertenecen al "núcleo del derecho penal" (homicidio, violación, incendio, falso testimonio, hurto). De allí que, con razón, se sostiene en el considerando 12° de la SCS 23.03.1999 (rol 2133-98), que la admisión del *error de prohibición excluyente de la culpabilidad* no pone en jaque el ordenamiento jurídico: “Esta inquietud debe ser desechada –sostiene nuestro Máximo Tribunal–, por las siguientes razones: a) En primer lugar, ha de tenerse presente que, como se ha expresado, para afirmar la culpabilidad basta con que exista la posibilidad de conocer lo injusto, de manera que quien carece de conciencia de la ilicitud sólo porque ha desaprovechado dicha posibilidad, no puede beneficiarse de la excusante”... y “b) En segundo lugar, el peligro expresado es reducidísimo, si se tiene en cuenta que el derecho penal es de "última ratio", y está reservado, por lo general, sólo para sancionar conductas que atentan muy gravemente en contra de la paz social. Por tal motivo, la posibilidad de conocer la ilicitud de tales comportamientos es generalizada y sólo faltará en muy pocos casos, si es que en alguno. Difícilmente puede

²⁶ AMBOS, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, MALARINO, E. (Trad.) Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, pp. 445 y ss.

²⁷ AMBOS, *Treatise*, cit. nota n° 26, p. 376. En ese mismo sentido, véase, SATZGER, Helmut, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 4ª ed., Baden-Baden (Alemania): Nomos, 2011, p. 278.

imaginarse que alguien carezca de la posibilidad de conocer el injusto de un homicidio, un robo de cualquier clase, una violación, unos abusos deshonestos, una malversación de caudales, una estafa, unas injurias, un testimonio falso, una falsedad documental, etc.”.

Luego, el *error de prohibición* se producirá con mucho mayor frecuencia por falta de información o información equivocada acerca de normas que sólo por razones "técnicas" se han incorporado al sistema penal, a veces porque otras normas menos drásticas se consideran de antemano insuficientes o porque la vía civil parece, por una u otra razón, impracticable. Aun en estos casos la *exclusión de la culpabilidad* probablemente no se aceptará si para el hechor había razones bastantes como para representarse que su conducta pudiera estar prohibida o si había tenido posibilidades para enterarse de ello”.²⁸

Como es sabido, la sentencia que se cita en el texto transcrito fue redactada precisamente por Enrique Cury actuando como Ministro de la Excma. Corte Suprema y por ello no parece extraño que, tratándose del cumplimiento de órdenes que importan la comisión de *crímenes de lesa humanidad y genocidio*, haya redactado una disposición que excluye la posibilidad de alegar el *error de prohibición directo* sobre la ilicitud de tal orden, el ya citado Art. 38 de la Ley N° 20.357.

Conclusiones

La Ley N° 20.357 no ha establecido un detallado régimen especial de tratamiento del error, similar al contemplado en los Arts. 32 y 33 del Estatuto CPI y sólo se ha limitado a regular de manera especial dos cuestiones vinculadas con la regulación internacional: a) el alcance del elemento subjetivo y, por tanto, del error, respecto del plan o política que configuran el contexto que les da relevancia internacional a los hechos individuales descritos como *crímenes de lesa humanidad* en sus Arts. 3° a 10° (Art. 37); y b) el error en el cumplimiento de órdenes admite para el subordinado la posibilidad de alegar tanto errores de hecho como de derecho (nuestros *errores de tipo y prohibición*), con la sola excepción de no poder alegar el desconocimiento de la ilicitud de la orden de cometer crímenes contra la humanidad y genocidio (Art. 38).

El resto de las cuestiones relativas al error en los delitos contemplados en la Ley N° 20.357 ha de quedar, en principio, entregado a la regulación general. Pero esta regulación no existe y el acuerdo dogmático y jurisprudencial, influido por el sistema del delito “post finalista”, parece alejarse de los efectos previstos en el Art. 32 del Estatuto CPI.

Esto provoca una divergencia de soluciones que, según la interpretación que se ofrezca de dicho Estatuto, podría traer como consecuencia, en ciertos casos de errores sobre elementos normativos, leyes penales en blanco y presupuestos objetivos de las causales de justificación, que el Estado sea incapaz de investigar o enjuiciar los hechos y, eventualmente, gatillar la intervención de la Corte Penal Internacional, contra el propósito expreso del legislador nacional.

²⁸ POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones PG*, cit. nota n° 18, p. 336, con referencias en el texto.

MATUS, Jean Pierre. “El error en la Ley 20.357 a la luz del Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus efectos en la regulación general del error en Chile”.

Sin embargo, la probabilidad de que la Corte intervenga en tales casos es muy reducida, tanto porque así lo es el número de casos en que criminológicamente se presentan estas defensas, como por el hecho de que otras interpretaciones del Estatuto, aún con base en el *common law*, pueden llevar a muy similares resultados que los de la doctrina dominante en el ámbito continental.

Pero estas interpretaciones alternativas del Estatuto no parecen alcanzar a la posibilidad de que este admita un error de derecho o sobre la valoración jurídica acerca de la licitud de los crímenes de competencia de la Corte, equivalente a lo que dogmáticamente nosotros calificaríamos como un *error directo de prohibición*.

No obstante, ahora es un análisis detallado de los límites del *error de prohibición*, tal como nosotros lo entendemos, lo que reduce las posibilidades de divergencia entre el Estatuto y la aplicación local de las reglas del error, pues se admite que en los casos graves difícilmente se podría alegar con éxito el desconocimiento de prohibiciones fundamentales para la subsistencia de la especie, lo cual se daría particularmente respecto a la prohibición de los *crímenes de lesa humanidad o genocidio*.

Así las cosas, las únicas diferencias irreconciliables se darían en torno a los *crímenes de guerra*, de detallada y reglamentaria configuración, plagados de elementos normativos y remisiones al Derecho Internacional Humanitario, respecto de los cuales, por esas mismas razones, es difícil suponer que cualquiera pueda estar al tanto de su existencia y contenido.

Pero a este respecto, y en relación con los subordinados, el Estatuto CPI ofrece una regla armonizable con la del Art. 335 CJM, al permitir la alegación de *obediencia debida* en casos de un error de apreciación sobre la licitud de una orden que nos sea “manifiestamente ilícita”, lo que entre nosotros equivaldría a decir que “no tienda notoriamente a la perpetración de un delito”.

Finalmente, una observación de carácter general: los Arts. 37 y 38 de la Ley N° 20.357, al establecer legalmente los límites de la alegación del *error*, no de manera global, sino con relación a determinados elementos materiales del hecho punible (el grado de conocimiento del “plan o política” en los delitos de *lesa humanidad*) o de su valoración jurídica (la prohibición de alegar error sobre la ilicitud de una orden de cometer *genocidio* o *crímenes contra la humanidad*), parece reafirmar la posibilidad de que, también entre nosotros se pase de la apreciación unitaria de la subjetividad (el hecho es doloso o culposo) a una apreciación diferenciada de la subjetividad en relación a cada elemento del delito en particular, incluyendo el conocimiento de la ilicitud. Esta apreciación diferenciada de la subjetividad ya se encontraba entre nosotros en la interpretación de los llamados *delitos calificados por el resultado*. Pero lo relevante de una disposición como la del Art. 38 de la Ley N° 20.357 es que vuelve a poner sobre el tapete la posibilidad de que esa apreciación diferenciada lleve a, en ciertos casos, sencillamente ya no a no exigir una prueba concreta de la subjetividad, sino incluso a hacer irrelevante la prueba del error de algún elemento del delito o de su antijuricidad.

En qué medida esta consecuencia es compatible o no con lo que entendemos como *principio de culpabilidad* es un asunto sujeto a discusión. Lo que no está sujeto a discusión es que esta clase de limitaciones en este caso en particular es tributaria de un Tratado Internacional sobre Derechos Humanos frente al cual un argumento basado en la interpretación del sistema local poco cuenta.

Y la consecuencia de ello es que si ya se ha dispuesto una limitación para esta clase de delitos, legitimada por el Derecho Internacional, nada impide que se tome una decisión legislativa para otros casos donde el conocimiento de los hechos o de las valoraciones relevantes para su comprensión se puedan *presuponer*, impidiendo la prueba en contrario, o bien considerar un *deber* del destinatario de la prohibición, con lo cual bastaría un conocimiento potencial y no actual para la imputación, particularmente en casos relativos a la delincuencia económica y empresarial, donde la existencia de asesoría jurídica podría suponerse algo más que la simple redacción y revisión de escrituras de sociedades y compraventas.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai, *Internationales Strafrechts*, 3. Ed., Múnich: H. Beck, 2011.
- _____, *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, MALARINO, E. (Trad.), Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.
- _____, *Treatise on International Criminal Law. Vol. I.*, Oxford: Oxford U. Press, 2013.
- BANTEKAS, Ilias, *International Criminal Law*, 4ª ed., Oxford y Portland: Hart Publishing, 2010.
- BASSIOUNI, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law*, New York: Transnational Publishers, 2003.
- BELTRÁN C., Pablo, “Requisitos comunes a todo crimen de lesa humanidad”, en: CÁRDENAS A., Claudia y FERNÁNDEZ N., Karina (Eds.), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años: Un enfoque práctico*, Santiago: Thomson Reuters, 2013.
- CÁRDENAS A., Claudia, “La aplicabilidad del Derecho Internacional por los tribunales chilenos para interpretar la Ley Nº 20.357”, *Revista de Derecho* (Coquimbo), Vol. 20, Nº 2 (2013), pp. 121-145.
- CÁRDENAS A., Claudia y FERNÁNDEZ N. Karina (Eds.), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años: Un enfoque práctico*, Santiago: Thomson Reuters, 2013, pp. 264-302.
- CASSESE, Antonio; ACQUAVIVA, Guido; FAN, Mary; WHITING, Alex, *International Criminal Law, Cases & Commentary*, New York: Oxford U. Press, 2011.

- MATUS, Jean Pierre. “El error en la Ley 20.357 a la luz del Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus efectos en la regulación general del error en Chile”.
- CUMPLIDO C., Francisco, “Alcances de la modificación del Art. 5º de la Constitución Política chilena en relación a los Tratados Internacionales”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, N°s 2 y 3, T. I. (1996), pp. 255-258.
- CURY, Enrique, *Derecho penal*, 7ª ed., Santiago: Ed. P. U. Católica de Chile, 2005.
- ETCHEBERRY O., Alfredo, *Derecho Penal, T. I.*, 3ª ed., Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1998.
- GARRIDO M., Mario, *Derecho Penal, T.II*, 3ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2003
- HERNÁNDEZ B., Héctor, “Comentario al Art. 10 N° 11” en: HERNÁNDEZ B., Héctor y COUSO, Jaime (Dirs.), *Código penal comentado, T. I*, Santiago: Thomson Reuters, 2012.
- MELENDO, Mariano, *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Barcelona: Atelier, 2008.
- POLITOFF L., Sergio, *Derecho Penal, T. I.*, 2ª ed., Santiago: Conosur, 2000.
- POLITOFF L., Sergio; BUSTOS R., Juan; y GRISOLÍA C., Francisco, *Derecho penal chileno*, Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1971.
- POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre; RAMÍREZ G., Mª Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 2ª ed., Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2005.
- _____, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 2ª ed., Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2004.
- POULOS-MOBILIA, Athy, “Ignorance or Mistake of Law--Will the Memory Ever Fade?: People v. Marrero,” *St. John's Law Review*, Vol. 62, N° 1 (1987).
- RAMÍREZ G., Mª. Cecilia, “Delito de desacato asociado a causas de violencia intrafamiliar y error de prohibición. Perspectiva de los tribunales con competencia en materia criminal”, *Gaceta Jurídica* N° 381 (2012), pp. 23-45.
- SAMAHA, Joel, *Criminal Law*, 4ª. Ed., St. Paul (Minnesota): West, 1993.
- SATZGER, Helmut, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 4ª ed., Baden-Baden (Alemania): Nomos, 2011.
- SEGOVIA A., Antonio y CONTRERAS R., Marcelo, “El principio de complementariedad y el ejercicio de la competencia en el Estatuto de Roma. Una visión crítica”, en: CÁRDENAS A., Claudia y FERNÁNDEZ N. Karina (Eds.), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años: Un enfoque práctico*, Santiago: Thomson Reuters, 2013.
- VERSEVELD, Annemike van, *Mistake of Law*, La Haya: Asser Press, 2012.
- VOGELEY, Scott, “The Mistake of Law Defense”, en: YEE, Sienho, *International Crime and Punishment*, Vol. I., New York: New York University Press, 1984, pp. 59-100.
- WERLE, Gerhard et al., *Tratado de Derecho penal Internacional*, CÁRDENAS et al. (Trads.), Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.
- ZAROR A., Kamel y BORDALÍ S., Andrés, “La Corte Penal Internacional ante la Constitución de 1980 (comentarios al fallo del Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 2002)”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XIII, N° 2 (2002), pp. 255-263.