

UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



**“LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD EN EL  
DERECHO PENAL CHILENO”**

**Memoria para postular al Grado Académico de  
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales**

**Profesor: Eduardo Sepúlveda Crerar**

**Alumna: Ingrid Cisterna González**

**SANTIAGO**

**2008**

## INDICE

<b>Introducción</b> .....	4
<b>I. Nociones Básicas Relativas a las C. O. P.<sup>1</sup></b>	
1. Concepto Previo.....	6
2. Función	
2.1 Condiciones Propias e Impropias.....	9
2.2 Tesis Relativas a la Distinción Anterior.....	12
3. Fundamento	
3.1 Acerca de la Política Criminal.....	16
3.2 Ausencia de las C. O. P.....	18
<b>II. Individualización de las C. O. P.</b>	
1. Criterios de Individualización	
1.1 Criterio Exegético.....	20
1.2 Hecho Futuro e Incierto.....	22
1.3 Ajenidad a la Causalidad.....	25
2. Relación de las C. O. P. con los Elementos del Delito	
2.1 La Tipicidad.....	26
2.2 La Antijuridicidad.....	28
2.3 La Culpabilidad.....	29
2.3.1 El Error sobre las C. O. P.....	31
<b>III. Delimitación de las C. O. P.</b>	
1. Naturaleza Jurídica.....	36
2. Ubicación Sistemática.....	36
2.1 Punibilidad como Cuarta Categoría del Delito.....	40
3. Delimitación ante Figuras Afines.....	46
3.1 Excusas Legales Absolutorias.....	46
3.2 Condiciones de Procesabilidad.....	50
<b>IV. Tratamiento</b>	
1. C. O. P. y Consumación de la Figura Penal.....	56
2. Participación, Lugar y Tiempo de Comisión del Delito.....	57
3. C. O. P. y Formas Imperfectas de Ejecución.....	58
4. Prescripción.....	60

---

<sup>1</sup> Condiciones Objetivas de Punibilidad.

5. C. O. P. y los Delitos Cualificados por el Resultado.....	62
6. Sanción en los Delitos Culposos.....	65

## **V. Las C. O. P. en el Ordenamiento Penal Chileno**

1. Delitos de Resultado.....	67
1.1 Correspondencia con Potencia Enemiga. Art. 112 C. P.....	67
1.2 Sublevación. Art. 123 C. P.....	68
1.3 Violación de Correspondencia. Art. 146 C. P.....	69
1.4 Falsificación de Instrumento Privado. Art. 197 C. P.....	70
1.5 Proveedores del Ejército y otros. Art. 273 C. P.....	72
2. Delitos de Peligro a la Vida y la Salud.....	73
2.1 Abandono de Parientes Enfermos. Art. 352 C. P.....	73
2.2 Entrega de un Menor de Diez Años. Art. 356 C. P.....	74
2.3 Riña. Arts. 392 inc. 1º, 402 inc. 1º, 403 inc. 1º C.P.....	75
2.4 Auxilio al Suicidio. Art. 393 C. P.....	80
2.5 Incitación a Provocar o Aceptar Duelo. Art. 407 C. P.....	82
3. Casos de Actos Procesales como C. O. P.....	83
3.1 Fraude Cometido con Cheques. Art. 22 Ley C. C. B. y Ch <sup>2</sup> .....	84
3.2 Quiebra. Art. 222 Ley de Quiebras.....	87
4. Casos Dudosos.....	91
4.1 Malversación de Caudales Públicos. Art. 233 C.P.....	91
4.2 Aborto. Art. 342 C. P.....	92
4.3 Bigamia. Art. 382 C.P.....	92
4.4 Estupro y Violación. Art. 369 C. P.....	92
4.5 Calumnia e Injuria. Art. 428 C. P.....	92
<b>Conclusiones.....</b>	<b>93</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>97</b>

---

<sup>2</sup> Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques.

## INTRODUCCION

La presente memoria tiene un objetivo esclarecedor, pues pretende demostrar la existencia y viabilidad de "Las Condiciones Objetivas de Punibilidad". En esa tarea, abordaré aquellas tesis que niegan, así como las que respaldan su existencia y categorización como una institución autónoma, y constataremos que en el extenso ámbito en que se desenvuelven, han sido objeto de particulares controversias. En efecto, no sólo ha sido objeto de discusión su concepto, sino también su fundamento, su función, sus criterios de individualización, su relación con otros elementos del delito, su naturaleza jurídica, su ubicación sistemática, sus relaciones con otras instituciones afines (excusas absolutorias y requisitos de procesabilidad), su tratamiento jurídico (en relación con la consumación, la participación, el lugar y tiempo de comisión del delito, las formas imperfectas de ejecución, la prescripción) y su vinculación con ciertas categorías de delitos: aquellos que son calificados por el resultado y los denominados delitos culposos.

En primer lugar, me haré cargo de la elaboración de un concepto que defina ampliamente las condiciones objetivas de punibilidad e identificaré los elementos que la componen, los que como tendremos ocasión de percibir, han suscitado profundas discrepancias en la doctrina extranjera. Adoptaré una clasificación propuesta por la doctrina española, que distingue entre condiciones objetivas de punibilidad propias e impropias, lo que en gran medida explica la diversa naturaleza jurídica de tales elementos que condicionan la aplicación de la pena.

Las condiciones objetivas de punibilidad ameritan la indagación de ciertos criterios que permiten su individualización y su distinción de otras figuras jurídicas que se han considerado afines a ella, es decir, abordaré la especificidad y autonomía de las condiciones objetivas de punibilidad como categoría dogmática frente a los elementos esenciales del delito, haciéndome cargo de una discusión gravitante en esta materia: si la culpabilidad va o no referida a las condiciones objetivas; e intentaré dilucidar si tales elementos constituyen circunstancias que pertenecen a los presupuestos materiales de la pena o si por el contrario representan simples presupuestos para la persecución penal.

Averiguaré qué tratamiento debe reservarse para esta clase de condiciones, radicando la cuestión en determinar los efectos producidos por las condiciones objetivas de punibilidad en relación con la consumación del delito, a partir de lo

cual se extraerán determinadas consecuencias que son sustanciales a la hora de definir la admisibilidad de las formas imperfectas de ejecución en las figuras delictivas cuya efectiva sanción penal se supedita a la verificación de condiciones objetivas de punibilidad; así como al determinar su relevancia en cuanto al tiempo de la comisión del delito y su incidencia en el cómputo del plazo de la prescripción. Precisamente en materia de prescripción, se suscita una importante cuestión práctica: la de saber si en las figuras delictivas cuya punibilidad se subordina al cumplimiento de una condición objetiva, el término de la prescripción comienza a correr desde el día en que se lleva a cabo la conducta (se realiza el tipo) o desde el momento en que se produce la condición de punibilidad. Asimismo, en la búsqueda de otros criterios diferenciadores, indagaré si las condiciones objetivas de punibilidad pueden ser claramente distinguidas de un resultado posterior más grave, en cuanto elemento de ciertos delitos calificados por el resultado. Por otra parte, la cuestión que se refiere a la viabilidad de la existencia del resultado en los delitos culposos como condición objetiva de punibilidad es un asunto que no está del todo resuelto.

Dejo sentado que el estudio de las condiciones objetivas de punibilidad requiere necesariamente el análisis de ellas en el ordenamiento jurídico nacional. La figuras que estudiaremos, configuran delitos de resultado y de peligro que contienen condiciones objetivas de punibilidad, tanto propias como impropias; sin embargo, sacrificando nuestra sistemática, resolvimos incluir ciertos delitos, de diversa naturaleza, que contemplan exigencias procesales como condiciones objetivas de punibilidad y algunos casos que se descartan como condición objetiva de punibilidad.

En último término, y no por eso de una importancia menor, este trabajo pretende ilustrar de manera sencilla un tema que siendo muy específico, recorre en gran medida el extenso y árido camino por la teoría del delito, desde la acción hasta la pena, surcando los límites de la consumación del delito como el cómputo del término de la prescripción; y aún más allá, nos permite una aproximación al Derecho Penal especial al recorrer ciertas figuras, de diversa naturaleza, que contienen condiciones objetivas de punibilidad. En síntesis se pretende que cualquier lector con formación jurídica, aunque no específicamente versado en materia penal, que llegue a consultar esta memoria, logre situar a la institución que es materia de nuestro estudio dentro del mapa jurídico, dimensione el alcance de dicha institución, la incorpore a su acervo jurídico, y siendo ambiciosos, la aplique en su real sentido, visualizando las ventajas prácticas que proporciona.

## CAPITULO I

### Nociones Básicas Relativas a las Condiciones Objetivas de Punibilidad

#### 1.- Concepto previo.

La tarea de la elaboración conceptual de las condiciones objetivas de punibilidad plantea serias dificultades expositivas, toda vez que, bajo esta denominación se concentra un grupo heterogéneo de elementos, sobre los cuales existe diversidad de criterios. Por tal razón, en primer lugar atenderemos al nombre de la institución en estudio y, haciendo eco de lo expresado por el autor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, comenzaremos precisando tres conceptos, relativos a la sanción penal, a fin de emplearlos correctamente.

- a) Punibilidad: “es la *aptitud* para ser penado” o “la cualidad de un acto que lo hace *susceptible* de ser sancionado penalmente” o “la nota o característica inherente al concepto de delito según la cual *puede* ser sancionado penalmente con el particular tipo o especie de sanción jurídica que es la pena”<sup>3</sup>
- b) Penalidad: se debe entender por tal “la amenaza penal, esto es, la pena abstracta, señalada en abstracto o de manera abstracta en la ley para un hipótesis delictuosa como tal, que se aplicará y hará efectiva concretamente en y para cada caso particular en que la hipótesis se actualice, pasando de ser un mero supuesto legal a ser una realidad humana y social”<sup>4</sup>
- c) La pena: “es la consecuencia que la ley señala cuando se ha producido el quebrantamiento de la norma. Intrínsecamente, es una pérdida o menoscabo de derechos personales que sufre el autor de la transgresión”<sup>5</sup>.

La pena es la manifestación de la coerción penal, y es consecuencia del delito, sin embargo, puede suceder que al delito no le siga como consecuencia jurídica la coerción penal, ésta carezca de operatividad, por razones que corresponden al Derecho Penal o al Derecho Procesal Penal<sup>6</sup>.

Con lo anterior se quiere significar que la actividad coercitiva del Estado, opera sobre la base de ciertas condiciones que la doctrina ha denominado

---

<sup>3</sup> De Rivacoba y Rivacoba, Manuel. *Función y Aplicación de la Pena*. (Buenos Aires: Ed. Depalma, 1993): p.4.

<sup>4</sup> *ib.*, p. 7

<sup>5</sup> Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal*. Tomo I, Parte General. (Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1998): p. 30.

<sup>6</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General V. (Buenos Aires: Ediar, 1998): p. 11.

“condiciones de operatividad”, las cuales pueden ser de dos clases: penales y procesales. Las primeras de ellas consideran ciertas causas de carácter personal (las excusas absolutorias) que excluyen o cancelan la penalidad y las segundas dicen relación con aquellos requisitos de perseguibilidad que el legislador ha contemplado para cierta clase de delitos. Sin embargo, en algunas ocasiones la operatividad de la pena no depende únicamente de la existencia del delito, ni de causas de carácter personal ni procesal, sino que hay cierta clase de elementos muy heterogéneos, de difícil ubicación sistemática, que suelen confundirse con elementos del tipo o con los requisitos de perseguibilidad.

Es así como en ciertos casos se puede apreciar que la ley hace depender la aplicación de la pena al cumplimiento de una condición, de carácter objetivo, la que se evidencia en el uso que hace el legislador en ellos -aunque no en todas las ocasiones- de oraciones condicionales, en que el castigo depende del cumplimiento de un hecho, al cual se encuentra subordinada la aplicación de la pena; se trata de ciertos presupuestos que se encuentran fuera de los elementos clásicos del delito, es decir, que nada tienen que ver con la tipicidad, la antijuridicidad ni con la culpabilidad, que tienen su explicación propia y que sólo condicionan la aplicación de la pena.

En concordancia con lo expresado por Francesco Antolisei, es dable sostener que la condición objetiva de punibilidad presupone un delito perfecto, esto es, completo en todos sus elementos constitutivos. Así, la condición no integraría el delito, sino que haría aplicable la pena solamente, haciéndose necesaria por la ley a fin de que pueda ejercitarse el poder estatal de castigar<sup>7</sup>. Diversa es aquella cuestión tendiente a determinar si la pena es no un elemento del delito, que brevemente trataremos en el tercer capítulo, sin embargo, nos atrevemos a afirmar que las condiciones objetivas de punibilidad tienen un carácter “suplementario”, es decir, implican una exigencia adicional para la aplicación de la pena en el caso de un delito que ya se ha configurado; es decir, son presupuestos que el legislador exige para la punibilidad, que suponen la existencia previa de un hecho típico, antijurídico y culpable.

A modo de premisa, y sin perjuicio de los resultados a que arribemos en el análisis de esta materia, afirmamos que, en general, las condiciones objetivas de punibilidad son presupuestos materiales de la pena, es decir que, como tales

---

<sup>7</sup> Antolisei, Francesco. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. (Buenos Aires: UTEHA, 1960): p. 533 y ss.

deben ser estudiados como elementos pertenecientes al Derecho Penal de Fondo y no como presupuestos para la persecución, como es el caso de las condiciones objetivas de procesabilidad, que corresponden al Derecho Procesal y que en ciertos casos se confunden con las condiciones objetivas de punibilidad. Aunque no de manera explícita, así también lo entiende la doctrina nacional, al tratar tales condiciones en la Teoría del Delito.

Con el fin de evitar todo elemento sobre abundante, que pudiese contaminar el desarrollo posterior de nuestro estudio, adoptaremos la definición que nos proporciona el profesor Bustos Ramírez, quien señala que las condiciones objetivas de punibilidad *“Son circunstancias objetivas las que, por razones de estricta utilidad en relación al bien jurídico protegido, condicionan la imposición de la pena o la extensión de la misma”*; concepto al cual debemos agregar que la utilidad obedece a una necesidad político criminal que el legislador ha considerado pertinente exigir<sup>8</sup>. Destacamos la generalidad de esta definición, toda vez que, al referirse a la “extensión” de la pena no circunscribe la definición a las categorías que serán objeto de un estudio posterior, lo que resulta de utilidad considerando la discusión doctrinal existente al respecto.

Por su parte, Del Rosal nos aporta una descripción de los elementos que componen la denominación, en base a una definición aportada por la literatura italiana: *“las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, consisten en un hecho futuro e incierto, positivo o negativo, extrínseco a la actividad del sujeto, del cual la ley hace depender la punibilidad de un delito (Cavallo)”*.

- a) Condiciones, lo cual da a entender que dependen de un hecho futuro e incierto.
- b) Objetivas, que se traduce por no referirlas a la culpabilidad del agente.
- c) Y de cuyo cumplimiento pende la punibilidad, con lo que dicho se está que la aplicación o no de la pena está subordinada al cumplimiento de aquélla.”<sup>9</sup>

Si bien disentimos de tal denominación, en cuanto a que esta condición no implica necesariamente que se trate de un hecho futuro e incierto, sino sólo de un requisito necesario para que se verifique la aplicación de la pena, creemos que el desglose de los conceptos implícitos en la denominación resulta útil desde un punto de vista metodológico, considerando que los elementos objetividad y punibilidad están aplicados en su sentido propio.

---

<sup>8</sup> Bustos Ramírez, Juan. *Derecho Penal*. Parte General, Tomo I. ((Perú: Ara Editores, 2004): p.1019.

<sup>9</sup> Del Rosal, Juan. *Derecho Penal Especial*. (Madrid: Ed. Varian, 1960): p. 320.



## 2. Función (para qué)

Esbozado por vía de exclusión un concepto general de las condiciones objetivas de punibilidad, y puesta de relieve su característica de requisito necesario para la aplicación de la pena, resulta conveniente buscar su función, teniendo presente la clásica distinción entre condiciones propias e impropias. A esta búsqueda la destacaremos con la pregunta: “**para qué**” **existen las c. o. p.**

### 3.1 Condiciones Objetivas de Punibilidad Propias e Impropias.

Las condiciones objetivas de punibilidad “propias” son elementos que presuponen un comportamiento típico, antijurídico y culpable y que tienen la misión de **restringir la punibilidad**. Por el contrario, las condiciones “impropias” no presuponen un comportamiento como el descrito, sino que contribuyen a **fundamentar el injusto**, por lo que no pueden ser consideradas como causas limitadoras de punibilidad, sino que en la mayoría de los casos contribuyen a agravarla.

La básica diferenciación entre condiciones propias e impropias es defendida por un importante sector de la doctrina alemana. A modo de ejemplo citamos las palabras del autor alemán Jeschek: las condiciones propias “constituyen simples causas de restricción de la pena, que representan la contrapartida objetiva de las causas personales de exclusión y levantamiento de la pena y las otras (impropias) suponen causas encubiertas de agravación o de fundamentación de la pena, que se hayan desvinculadas de la culpabilidad del autor y que, por tanto, encierran restricciones al principio de culpabilidad”.<sup>10</sup>

Adelantamos a nuestro estudio que el fundamento de la institución ha sido explicado por la doctrina alemana, en virtud del entendimiento que las condiciones de punibilidad *propias* expresan la *necesidad de pena*, que debe añadirse al *merecimiento de pena* implícito en la conducta, para que ésta pueda ser efectivamente castigada<sup>11</sup>, en tal sentido restringen la aplicación de la pena, porque la revisten de una exigencia mayor. Las condiciones de punibilidad *impropias* constituyen elementos que, desde la perspectiva material, pertenecen al tipo y que no desempeñan una función limitadora de la punibilidad, sino que, por el

---

<sup>10</sup> Cit. por Martínez Pérez, Carlos. *Las Condiciones Objetivas de Punibilidad*. (Madrid: Edersa, 1989): p. 32; Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal*. Parte General. (Barcelona: Reppertor, 1998): p. 145.

<sup>11</sup> Martínez, Carlos. *Op. cit.* p. 47

contrario, permiten fundamentar la imposición de la pena.

En el derecho español, los autores coinciden en citar, a modo de ejemplo de condición “propia”: *La exigencia de reciprocidad en la imposición de la pena para el comportamiento de atentar contra el Jefe de un Estado extranjero o persona internacionalmente protegida por un tratado, que se halle en España.*<sup>12</sup> Tal condición emana de la aplicación del artículo 606 N° 2, en relación con el art. 605, ambos del Código Penal español, que prescriben:

Art. 605: “El que matare al Jefe de un Estado extranjero o a una persona internacionalmente protegida por un tratado, que se halle en España, será castigado con la pena de prisión de veinte a veinticinco años”.

Art. 606 N° 2. “Cuando los delitos comprendidos en este artículo y en el anterior no tengan señalada una penalidad recíproca en las leyes del país a que correspondan las personas ofendidas, se impondrá al delincuente la pena que sería propia del delito, con arreglo a las disposiciones de este Código, si la persona ofendida no tuviese el carácter oficial mencionado en el apartado anterior”.

En este caso el legislador español por razones político-criminales, ha condicionado el castigo de una conducta, desde ya antijurídica y culpable a la concurrencia de una circunstancia posterior, cual es la reciprocidad en el tratamiento punitivo de la misma conducta. El hecho es siempre punible, pero la imposición de la pena se encuentra condicionada al hecho que exista un tratamiento recíproco en las leyes de país de las personas ofendidas. Este elemento es una condición de punibilidad en su sentido propio, porque se trata de una circunstancia que no afecta de modo alguno al injusto ni a la culpabilidad de la conducta del sujeto que atenta contra el Jefe de un Estado extranjero. La condición presupone un comportamiento antijurídico y culpable (el dar muerte a un Jefe de Estado) suficiente en sí mismo para la imposición de la grave penalidad que se configura en el tipo, sin embargo la misión de la reciprocidad es la de restringir la punibilidad en el sentido que, a pesar que concurra injusto y culpabilidad en la conducta del agente, el legislador no impone esa elevada pena si no existe una circunstancia adicional: *la reciprocidad*, que se erige así en un obstáculo suplementario para la integración de los delitos contra el derecho de gentes. Siguiendo con el ejemplo propuesto, es posible asegurar que la conducta de referencia posee siempre la misma gravedad, haya o no haya trato recíproco de especial protección para el Jefe de Estado Español en los países extranjeros respectivos, pero con independencia de esa gravedad, la ley penal española

---

<sup>12</sup> Mir Puig, *op. cit.* p. 145 y Martínez Pérez, *op. cit.* p. 145, lo citan como ejemplo.

somete la punición a la concurrencia del mencionado requisito objetivo en atención a obvias razones político-criminales.<sup>13</sup>

En cambio, se aceptaron como casos de condición objetiva de punibilidad “impropia”, los contenidos en los arts. 483 y 485 del anterior CP.<sup>14</sup> El primero consistía en el hecho de que el reo de detención ilegal, esto es, que un sujeto que llevó a cabo una detención ilegal” no diere razón del paradero de la persona detenida o no acreditare haberla dejado en libertad”; la segunda, preveía que hallándose encargado de la persona de un menor “no la presentase a sus padres o guardadores, ni diera explicación satisfactoria acerca de su desaparición“. Como afirma Mir Puig *“en ambos casos se ampliaba la punibilidad, al permitirse castigar con penas más graves hechos que de suyo hubieran merecido menor pena”*<sup>15</sup>, o como diría Martínez Pérez: tales circunstancias *“constituyen, o bien causas encubiertas de agravación de la pena (art. 483), o bien circunstancias de hecho enmascaradas que fundamentan la pena (art. 485)”*.<sup>16</sup>

Otro caso paradigmático de condición objetiva de punibilidad impropia era el contenido en las diversas figuras de riña tumultuaria contemplada en el antiguo CP español: Art. 408, cuyo resultado es la muerte; art. 424 caso en que se causan lesiones graves y 583, cuando se infieren lesiones menos graves. A diferencia de las condiciones de punibilidad propias, que constituyen causas de restricción de la pena, *“las circunstancias que aquí se examinan son en puridad elementos del injusto, con la particularidad de que se encuentran sustraídos a las exigencias de la culpabilidad por razones político- criminales; representan, en consecuencia, causas de agravación encubiertas de la pena, que no restringen la punibilidad, sino que, al contrario, la amplían”*<sup>17</sup>

Tales figuras penales, relativas a la riña tumultuaria, fueron derogadas del ordenamiento penal español, obedeciendo a las críticas que la calificaban como casos de responsabilidad objetiva, que significaban una abierta vulneración al principio de culpabilidad; si embargo, permanecen vigentes en nuestro Código Penal y merecen un tratamiento similar al entregado por la doctrina española en cuanto contienen condiciones objetivas de punibilidad impropias.

---

<sup>13</sup> Martínez, Carlos. *Op. cit.* p. 145 y ss.

<sup>14</sup> El tipo penal contenido en el antiguo artículo 483 CP español, se mantiene en el actual art. 166, con la modificación de sustituir la frase “o no acreditare haberla dejado en libertad” por la de “salvo que la haya dejado en libertad”. El artículo 166, vigente hoy, castiga con penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores, del mismo capítulo I, es decir, se agrava las penas en relación a otras figuras penales relativas a las detenciones ilegales y secuestros.

<sup>15</sup> Mir, Santiago. *Op. cit.* p. 145.

<sup>16</sup> Martínez, Carlos. *Op. cit.* p. 160.

<sup>17</sup> *ib.*, p. 157.

En nuestro ordenamiento jurídico, la “**no constancia del autor**” en los delitos relativos a la riña contemplados en los artículos 392 inc. 1°, 402 inc. 1°, 403 inc. 1° del Código Penal, es un requisito desvinculado de la culpabilidad del agente, y que no forma parte del injusto, las conductas son en sí mismas merecedoras de pena, pero su punibilidad se encuentra sujeta al cumplimiento de un requisito posterior, que hace surgir la necesidad de pena, este elemento constituye por tanto una condición objetiva de punibilidad *propia*. Por otra parte, aunque en los delitos de riña “**los resultados de muerte o lesiones**” no sean abarcados por la culpabilidad del sujeto activo, la verificación de tales consecuencias constituyen un elemento objetivo que, por contribuir a fundamentar el injusto, deben considerarse condiciones de punibilidad en sentido *impropio*, tal como sucedía en el derecho español.

Un sector importante de nuestra doctrina estima que **la declaratoria de quiebra**, prevista en el artículo 222 de la Ley de Quiebras, es una condición objetiva de punibilidad, sin embargo algunos estiman que constituye un auténtico caso de condición de procedibilidad. Dejando de lado la discusión, que abordaremos en el estudio particular de la quiebra, estimamos que se trata de un caso de c. o. p. propia, porque representa un elemento que se encuentra ajeno a la culpabilidad del agente y que no contribuye a fundamentar el injusto, además las conductas descritas en la Ley de Quiebras, son en sí mismas merecedoras de pena, pero su punibilidad se encuentra sujeta al cumplimiento de un requisito posterior, la declaratoria de quiebra, que hace surgir la necesidad de pena al restringir la punibilidad.

### **3.2 Tesis relativas a la distinción entre condiciones propias e impropias.**

Como ocurre comúnmente, se han dado tres posturas relativas a la existencia de la distinción entre condiciones propias e impropias: existen quienes están de acuerdo con la distinción, quienes la niegan y quienes aportan una alternativa intermedia.

Quienes reconocen la existencia de dos clases de condiciones objetivas de punibilidad, aluden a la conveniencia práctica de su estudio conjunto porque en ambos casos se condiciona la imposición de la pena, a la vez que destacan su diversa función.

**En España**, pese a las dificultades que pudiera suscitar la distinción entre una y otra condición, Martínez Pérez sugiere que *“parece aconsejable un estudio conjunto de ambos, habida cuenta de que ello posee innegables ventajas”*, agrega que no se puede desdeñar *“la zona común a condiciones propias e impropias; a pesar de la profundas diferencias que indudablemente median entre ellas, la semejanza estructural que presentan las segundas con respecto a las primeras es mucho mayor que la que puede existir en relación con cualquier otra categoría dogmática”*<sup>18</sup>.

**En Chile**, el profesor Bustos Ramírez, aborda una distinción, aunque sin calificarla como propia o impropia, al señalar que hay algunas *“que condicionan la imposición de la pena misma y otras cuya ausencia, si bien no impide la imposición de una pena, condicionan un aumento de la pena, es decir, por razones político-criminales, sin su concurrencia no se puede imponer pena alguna por la comisión del hecho prohibido o bien no se puede aumentar la pena por el delito”*.<sup>19</sup> Esta consecuencia que consiste en impedir la imposición de la pena, o condicionar su aumento, es coincidente con la calificación de condiciones propias e impropias, respectivamente, que aunque ha sido planteada, no deja de ser una deducción no reconocida por el autor. El resto de la doctrina nacional no menciona la calificación propuesta por la doctrina española, ni alguna otra, salvo el profesor Eduardo Novoa Monreal quien parece haber adoptado -aunque no en propiedad- la nomenclatura italiana, que distingue entre condiciones extrínsecas e intrínsecas al calificar a las condiciones objetivas de punibilidad como *“una circunstancias extrínseca a la conducta humana, que no forma parte ni del comportamiento corporal del agente ni de las modificaciones jurídicamente relevantes que éste causa en el mundo exterior (resultado)”*<sup>20</sup>

Los que discrepan de la distinción entre condiciones propias e impropias entran al análisis del fundamento de las condiciones objetivas de punibilidad y de su relación con el principio de culpabilidad. Entonces, la negación de la distinción ocurre en la mayoría de las ocasiones, partiendo de la premisa de concebir todas las condiciones objetivas de punibilidad como *causas de restricción de la pena*, entendiendo que en las “impropias” el injusto y la culpabilidad concurren ya en la conducta típica, y éstos cumplen con el papel de limitador de la punibilidad.

---

<sup>18</sup> Martínez Pérez, Carlos. *Op. cit.* p. 40.

<sup>19</sup> Bustos Ramírez, Juan.

<sup>20</sup> Novoa Monreal, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*. Parte General, Tomo I. (Santiago: Ediar, 1985): p. 336.

**En Alemania**, Jakobs sostiene que las condiciones objetivas no poseen un efecto limitador de la punibilidad, toda vez que desde ya condicionan el injusto o la “tipicidad penal”. En opinión de Martínez Pérez, en el sistema de este autor, no procede aplicar la distinción, pues, todas las figuras delictivas que contienen circunstancias de esta naturaleza poseen la calidad de delitos de peligro abstracto, que expresan la necesidad de prohibición, a posteriori, con la materialización del resultado, de tal manera que tales circunstancias no pertenecen al tipo, pero lo condicionan retroactiva y suspensivamente.<sup>21</sup>

Finalmente, existe una clasificación intermedia que distingue entre condiciones extrínsecas e intrínsecas, que conceptualmente parece apartarse de la tradicional categorización de las condiciones objetivas de punibilidad, y que obedece a otro criterio de distinción, uno que dice relación con la efectiva lesión del bien jurídico protegido por la norma.

**En Italia** debemos consignar que la doctrina no distingue entre condiciones objetivas de punibilidad propias e impropias, sin embargo un sector de ella utiliza una nomenclatura según la cual califican como “*condiciones extrínsecas*” a aquellos elementos que no interfieren o afectan a la vulneración del bien jurídico protegido por la norma en la que están englobados, es decir que representan ciertas motivaciones externas, que son ajenas al interés tutelado por la figura delictiva correspondiente; y de “*condiciones intrínsecas*” para referirse a “circunstancias que califican o actualizan la lesión del interés protegido, la cual ya se habría producido, implícita o potencialmente, con la realización de los elementos del tipo”<sup>22</sup>. A modo de ejemplo de condición extrínseca citamos las palabras de Antolisei:

*“Para la identificación de las condiciones objetivas de punibilidad es preciso tener presente que se debe tratar de un acontecimiento no sólo futuro e incierto, sino también extrínseco al hecho que constituye el delito. No es necesario que dicho acontecimiento se halle totalmente desvinculado del hecho aludido desde el punto de vista causal; es preciso, sin embargo, que sea completamente extraño al precepto jurídico, es decir, de tal naturaleza que no se pueda concebir una prohibición de realizarlo respecto del agente. Normalmente se trata de hechos debidos a la acción libre y consciente de otras personas o a una nueva acción del culpable que no tiene nada que ver con la que constituye el delito.”*<sup>23</sup>

El autor español Jiménez de Asúa, cita el comentario de Ottorino Vannini

---

<sup>21</sup> Cit. por Martínez Pérez. *Op. cit.* p. 36

<sup>22</sup> Martínez Pérez extrae esta conceptualización de diversos autores italianos que menciona. *Op. cit.* p. 41.

<sup>23</sup> Antolisei. *Op. cit.* p. 534. El subrayado es nuestro.

respecto del Código Penal italiano, dice que junto a esas condiciones que integran el “hecho prohibido por la ley” pueden distinguirse otras de índole objetiva y extrínseca. El criterio distintivo sería, pues, éste: Si la eliminación mental de la circunstancia a la que se subordina la existencia del delito conserva inalterada la armonía del “hecho” con la objetividad jurídica que la caracteriza, esta circunstancia se revela como mera condición extrínseca de punibilidad, querida por la ley por razón de simple conveniencia política; en caso inverso se deberá considerar como elemento de integración del hecho criminoso. Señala Jiménez de Asúa, siguiendo en lo sustancial el razonamiento de Vannini, como ejemplo: En los países que exigen la reciprocidad para castigar ciertos delitos que afectan a otro Estado, esta sería auténtica condición objetiva de punibilidad de naturaleza extrínseca.<sup>24</sup>

Esta categorización no necesariamente coincide con la clasificación de propias e impropias, porque, pese a haber sido planteada en la doctrina italiana, no existe acuerdo en cuanto a los criterios que la fundamentan. Sin embargo nos parece de interés la posibilidad de plantear las condiciones objetivas de punibilidad desde el punto de vista de ajenidad al precepto jurídico, como propone Antolisei, lo que para nosotros se asimila a la ajenidad a los elementos esenciales del delito, como injusto y culpabilidad. En nuestra idea de condición propia no se aprecia una completa desvinculación del precepto, porque no es posible desconocer que aquella forma parte de la descripción legal y que respecto de la conducta implícita en la norma, cumple la función de restricción de punibilidad. Lo que parece del todo aplicable a las condiciones propias, es el resultado de la eliminación mental del elemento condicionante, propuesta por Vannini, que conserva inalterada la armonía del hecho. Pese a sus ventajas, la categorización entre condiciones extrínsecas e intrínsecas no nos aporta elementos de juicio suficientes para responder cuál es la función de las condiciones objetivas de punibilidad.

En conclusión, la respuesta al “para qué” existen las condiciones objetivas de punibilidad, se contesta diciendo que las condiciones objetivas de punibilidad propias se justifican como causas de restricción de la punibilidad, porque implican un aumento en las exigencias para la aplicación de la pena; en tanto que las condiciones de carácter impropio constituyen causas de agravación de la pena, esa es su verdadera función, la que se justifica porque llevan implícita una mayor

---

<sup>24</sup> Jiménez de Asúa, Luis. *La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal.* (México-Buenos Aires, Ed. Hermes, 1954): p.455.

contravención al orden jurídico.

### 3. Fundamento (por qué)

En cuanto al fundamento para el establecimiento de las condiciones objetivas de punibilidad, al “**por qué**” existen tales elementos, la razón de común aceptación en la doctrina es aquella que obedece a criterios de “política criminal”, en que la finalidad perseguida por el legislador al establecer la figura penal está precisamente subordinada a la existencia de una condición objetiva que el legislador ha decidido contemplar en atención a la gravedad de la lesión del bien jurídico.

#### 3.1 Acerca de la Política Criminal

En nuestro país Garrido Montt ha definido este concepto en base a su finalidad, señalando que *“como toda “política”, su objetivo es plantear ideas o caminos (formas de acción) a seguir frente a los comportamientos desviados, entre ellos los delitos, y para la creación o perfeccionamiento de la normativa destinada a enfrentar esos comportamientos (el derecho penal)”*. Para cumplir esa función son fundamentales los aportes de las investigaciones empíricas de la criminología y los estudios del derecho objetivo ofrecido por la dogmática jurídico-penal.

*“Política criminal es la disciplina que se ocupa, en base a los conocimientos suministrados por la criminología y la dogmática jurídica, de establecer las ideas y criterios a considerar para la creación o modificación de la ley penal y para su aplicación al caso concreto”*.<sup>25</sup>

Novoa va más allá y considera la política criminal no como una ciencia, sino como *“el arte de conciliar la doctrina con los hechos”*, señala como su papel el de *“adecuación de normas jurídicas ideales a una realidad viva, con miras a una lucha eficiente contra el delito.”* A su juicio, son características de ella:

- a) Basarse en el aporte teórico-ideal del Derecho Penal, como en el aporte causal-explicativo de la Criminología;
- b) procurar la mayor eficacia en la lucha contra el delito;
- c) abarcar tanto el aspecto preventivo como el represivo;
- d) hacer la crítica de las leyes vigentes y proponer su reforma, y
- e) ser un arte de las posibilidades legislativo-penales en un momento determinado.

---

<sup>25</sup> Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal*. Parte General, Tomo I. (Santiago: Ed. Jdca. de Chile, 2001): p. 159.



Agrega que, *“Toca a la Política Criminal señalar las medidas legislativas apropiadas para una prevención remota y próxima del delito y determinar las medidas más apropiadas para la represión del mismo”*. Precisamente, en lo que dice relación con la represión, esta *“se obtiene mediante la aplicación de penas y medidas asegurativas a los que han delinquido; corresponde a la Política Criminal determinar la clase y cuantía de las penas y medidas que convengan a cada delito y a cada delincuente para asegurar el éxito de la represión”<sup>26</sup>*.

Por tanto, la idea de una política criminal como fundamento de las condiciones objetivas de punibilidad dice directa relación con la función de las mismas, esto es, con la posibilidad de agravación o restricción de la punibilidad, lo que a su vez propende a una mejor protección del bien jurídico implícito en la norma, debido al efecto más o menos represivo que se pretende alcanzar, atendidos, por cierto, la época y lugar en que se aplica la norma, pues resulta evidente que la política criminal, “como toda política”, está condicionada por los diversos factores que definen a una sociedad determinada.

Como decíamos anteriormente, para la doctrina alemana el fundamento de las condiciones objetivas de punibilidad es la **“necesidad pena”** que debe agregarse al “merecimiento de pena” para que la conducta sea efectivamente castigada, es decir, existirían por una parte elementos esenciales del delito que hacen que la conducta sea merecedora de pena y por otra existe este requisito adicional que hace necesaria la aplicación de la pena o condiciona su aplicación. Entonces, en una conducta en la que es posible apreciar la presencia de los elementos fundamentales del delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sucede que en determinados casos, el legislador, por razones político-criminales, ha establecido un requisito posterior, que hace necesaria la pena, porque representa una mayor contravención al orden jurídico.

Jakobs niega la distinción entre necesidad de pena y merecimiento de pena y el efecto limitador de las llamadas condiciones propias, a su juicio, tales elementos condicionan la antijuridicidad o la tipicidad penal. Sax por su parte también critica la explicación de las condiciones objetivas de punibilidad como “presupuestos de la necesidad de pena” y rechaza su entendimiento como causas de restricción de la pena, fundamentados en que la condición en determinados casos contribuye a fundamentar el injusto. Ambas tesis poseen sitios comunes en

---

<sup>26</sup> Novoa Monreal. *Op. cit.* p. 37 y ss.

los que se refiere al fundamento y función de las condiciones objetivas de punibilidad, sin embargo tales críticas, sólo tienen validez en cuanto aluden a ejemplos de condiciones impropias, no así en lo que respecta a las propias.<sup>27</sup>

Más allá de todo lo anterior, interesa retener que las condiciones propias “presuponen” una conducta en sí misma ya merecedora de pena, concurriendo injusto y culpabilidad, a la que ellas vienen a “añadir” una necesidad de pena que el legislador considera oportuna político-criminalmente para imponer una determinada sanción criminal. En lo que respecta a las condiciones objetivas de punibilidad impropias, nos encontramos con elementos del merecimiento de pena que contribuyen a fundamentar o agravar la pena.

### **3.2 Ausencia de las Condiciones Objetivas de Punibilidad.**

Jiménez de Asúa, en tanto, nos da una idea de los efectos de la ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad, en aquellas condiciones que el autor califica como extrínsecas, y que como tales son modalidades del tipo. Señala el autor que:

*“(...) cuando en la conducta concreta falta la condición objetiva de punibilidad, es obvio que la conducta no puede castigarse; pero así como la carencia de acto, la atipicidad, la justificación, la inimputabilidad, la inculpabilidad y las excusas legales absolutorias (...), hacen para siempre imposible perseguir el hecho, y si se reproduce la denuncia o la querrela después de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, podrá alegarse de adverso la excepción de cosa juzgada, la ausencia de ciertas condiciones objetivas de punibilidad -las por nosotros estimadas como más propias- permite, una vez subsanado el presupuesto procesal ausente, reproducir la acción contra el responsable”<sup>28</sup>.*

La conclusión es lógica y resulta fundamental, puesto que atañe a la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibilidad. Ante la falta de cualquier otro requisito esencial del delito -salvo la categorización como tal de las excusas legales absolutorias-, el resultado es la imposibilidad en la persecución del mismo, efecto idéntico al de la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad; sin embargo, la diferencia entre la ausencia de un requisito común y una condición objetiva de punibilidad, estriba en el carácter definitivo de esta falencia o en la posibilidad de ser salvada: en el primer caso, la ausencia de tales requisitos en un proceso ya iniciado, acarrea en nuestro derecho una sentencia

---

<sup>27</sup> Martínez Pérez, da un extenso detalle de la postura propugnada por ambos autores. Op. cit. p. 52.

<sup>28</sup> Jiménez de Asúa, Luis. Op. cit. p. 457.

absolutoria y la posibilidad de oponer la excepción de cosa juzgada en el caso que se pretenda revivir una acción fundada en los mismos hechos; en el caso de la falta de una condición objetiva de punibilidad, ni siquiera es posible accionar en un primer momento, entonces la posibilidad de salvar el obstáculo se traduce en la prueba de su concurrencia en ese preciso momento. Como se observa se trata de un asunto de carácter procesal, que es perfectamente válido para las condiciones objetivas de punibilidad impropias, o aquellas que coinciden con ciertas exigencias procesales, no así en el caso de las condiciones llamadas propias en que la exigencia del legislador no se erige como un obstáculo procesal. Por lo tanto la ausencia de una condición objetiva de punibilidad propia debería acarrear los mismos efectos que la ausencia de cualquier otro requisito legal, de aquellos estimados como elementos esenciales del delito, porque al menos formalmente operan como tal.

## CAPITULO II

### Individualización de las Condiciones Objetivas de Punibilidad

#### 1. Criterios de Individualización

Comenzaremos desde la clásica división de la categoría genérica de las condiciones objetivas de punibilidad, a saber: condiciones propias y condiciones impropias. Profundizaremos el estudio, en base a la dicotomía mencionada, de manera que podamos conocer cuáles son las características que sirven para individualizar la categoría en general y cuáles son los criterios que en particular deben ser tomados en consideración para establecer la diferenciación con otras categorías afines.

Podemos afirmar que reina acuerdo en la doctrina extranjera en torno a la idea de que es consustancial a la institución de las condiciones objetivas de punibilidad en general, la desvinculación de la culpabilidad del autor; sin embargo, resulta más exacto sostener que en las condiciones objetivas de punibilidad la relación de culpabilidad “no constituye” un requisito indispensable para el castigo de la conducta, que no resulta necesario que el elemento de culpabilidad abarque el conocimiento de la condición.

A pesar de la importancia de la ajenidad a la culpabilidad como criterio individualizador, dejamos establecido que, por razones metodológicas, abordaremos en detalle su estudio en el capítulo siguiente, al tratar los elementos del delito.

#### 1.1 Criterio Exegético

Se entiende que todos los elementos que se describen en la figura penal pertenecen al tipo y son abarcados por el dolo del autor. En consecuencia, todos los elementos que el legislador ha utilizado para la configuración de la conducta prohibida se hallan vinculados a la exigencia de la culpabilidad, y que por ello, la desconexión entre ésta y un determinado elemento de la descripción legal es una conclusión excepcional, que debe ser deducida mediante una exégesis del tipo penal respectivo, utilizando todos los criterios de interpretación (gramatical, lógico,

sistemático, teleológico), sin dejar de lado los criterios político-criminales, sin que este último, por cierto, se convierta en el criterio fundamental.

En los casos dudosos es preciso reconocer en primer lugar, los criterios de imputación objetiva, acotando de este modo, el método de identificación de las condiciones objetivas de punibilidad y respetando debidamente el principio de culpabilidad. Si del sentido de la ley no es posible inferir una manifestación clara de cómo deba interpretarse determinado elemento de la figura penal, debe prevalecer el principio que todas las circunstancias descritas en ella deben estar vinculadas a la culpabilidad del agente.

A juicio de Martínez Pérez, de esa manera se evita que en función de intereses político-criminales, se sustraiga de las exigencias del dolo o culpa, en forma subrepticia, un elemento de la figura penal, de tal manera que por ejemplo, muchos delitos de lesión, queden convertidos en delitos de peligro abstracto, calificando el resultado dañoso como condición objetiva de punibilidad propia, que como tal cumplen la misión de restringir la punibilidad de un determinado comportamiento.<sup>29</sup> A nuestro entender, el riesgo que ocurra esta conversión radica en una eventual vulneración al principio de culpabilidad, al punto de llegar a establecer una responsabilidad fundada en criterios meramente objetivos, que nada tengan que ver con la voluntad del autor.

Para Cousiño Mac Iver, las cosas son más evidentes, señala que los delitos que contienen condiciones objetivas de punibilidad *“Intrínsecamente, son delitos de peligro, pues la acción típica lleva una potencia dañosa que hace temer por la seguridad de los bienes jurídicos protegidos y el orden ético-social”*. Agrega una justificación: el legislador pudo asociarlos directamente a la amenaza penal, pero prefirió otro camino, por razones político-criminales, *“aquel de castigarlos tan sólo en el caso de lesión actual y efectiva de esos bienes y orden ético-social”*.<sup>30</sup> Estimamos que no todas las condiciones objetivas de punibilidad son delitos de peligro, como tendremos oportunidad de ver al tratar las figuras específicas que contienen tales elementos, constataremos que poseen diversa naturaleza.

Por lo general, la alternativa exegética no ofrecerá duda alguna, puesto que de la mera lectura del precepto se deducirá de modo irrefutable cuándo estamos ante una condición propia y cuándo ante una condición impropia. En primer lugar

---

<sup>29</sup> Martínez Pérez. *Op. cit.* p. 73

<sup>30</sup> Cousiño Mac Iver, Luis. *Derecho Penal Chileno*. Parte general, Tomo I. (Santiago: Ed. Jdca. de Chile, 1975): p. 627.

es decisivo averiguar si la condición es un elemento agregado a la figura legal o si incide en el merecimiento de pena, fundamentando el injusto. Seguidamente, mediante la exégesis se debe abordar la tarea de indagar, mediante todos los criterios de interpretación, si el elemento en cuestión queda desvinculado de la culpabilidad del agente: a) En las denominadas condiciones propias, su desvinculación respecto de la culpabilidad del agente constituye un criterio que permite individualizar plenamente esta clase de condiciones de punibilidad, fundamentada en la idea de representar restricciones al principio de culpabilidad por razones político-criminales; b) En lo que atañe a las condiciones impropias, habría que preguntarse si además de la regla básica de la ajenidad a la culpabilidad del autor, se hace preciso acudir a otros criterios individualizadores, toda vez que, tratándose de causas de agravación o fundamento de la pena, suele considerársele como elemento del tipo.

En síntesis el proceso de individualización de las condiciones objetivas de punibilidad indica que sólo después de haberse comprobado que el elemento que se examina no tiene por qué ser captado por el dolo o culpa del agente, queda por indagar si dicho elemento representa una condición objetiva de punibilidad propia, cuya función es restringir la punibilidad de una conducta que en sí misma es merecedora de la pena o si se trata de una condición impropia, que materialmente constituye un requisito conformador del injusto aunque desde la perspectiva formal se encuentra sustraído a las reglas de la imputación subjetiva.

## **1.2 Hecho Futuro e Incierto**

Otro criterio de individualización de las condiciones objetivas de punibilidad, ampliamente difundido en la doctrina italiana, es la circunstancia que la condición consista en un “acontecimiento futuro e incierto”, lo cual obedece a una noción civilista del concepto de condición, e implica rechazar la idea que la condición sea anterior a la realización de la conducta típica.

La teoría se sustenta en lo dispuesto en el artículo 158, inciso 2° del Código Penal italiano, que establece: “Cuando la ley hace depender la punibilidad del delito de la verificación de una condición, el término de la prescripción comenzará a correr el día en que la condición se haya verificado”.

En los términos expuestos, la tesis resulta del todo lógica, atendido que, de sostenerse lo contrario, esto es, si que se admitiera la validez de una condición

objetiva de punibilidad anterior a la perpetración del hecho típico, se llegaría al absurdo de hacer correr el término de la prescripción desde el momento en el cual el delito todavía no se ha consumado.<sup>31</sup>

En concordancia con lo anterior, aunque sustentado en otra disposición, hay quienes sostienen que antes de atender a la punibilidad del delito, éste debe estar perfeccionado o completo en todos sus elementos. Al respecto se atiende a lo dispuesto en el artículo 44 del CP italiano, que prescribe:

*“Cuando, para la punibilidad de un delito, la ley requiere de la verificación de una condición, el culpable responde del delito, la ley requiere la verificación de una condición, el culpable responde del delito aunque el acontecimiento de que depende la verificación de aquélla, no haya sido querido por él”.*

Antolisei aclara que el código penal italiano habla de “punibilidad del delito”, entendiéndose que antes de la verificación de la condición el delito ya está completo, de modo tal que, si la función de la condición de punibilidad fuere integrar el delito, habría hablado el Código de “punibilidad del hecho”. Considera que, *“las condiciones de punibilidad corresponden a algunos casos excepcionales en los que el delito, aún siendo perfecto, no es sometido a pena si no se verifica un determinado acontecimiento futuro e incierto”.* Agrega, *“siendo la punibilidad una consecuencia normal de la comisión de un delito, no excluye que el ordenamiento jurídico la subordine a la verificación de una condición, por razones de conveniencia práctica, en algunos supuestos”.*<sup>32</sup>

Por el contrario, en aquellas legislaciones como la alemana o la española, en que no se contempla una regulación específica de la cuestión, no hay argumentos válidos para circunscribir las condiciones a acontecimientos futuros e inciertos. Se menciona como argumento de texto el artículo 132 del Código Penal español, que daría pie para sostener que la prescripción comenzará a correr con independencia de la condición objetiva de punibilidad, dado que la letra de la ley fija el inicio del computo desde el día en que “se haya cometido” la infracción punible.<sup>33</sup> Lo anterior, a Juicio de Martínez Pérez, implicaría aceptar la existencia de condiciones objetivas de punibilidad anteriores a la ejecución del delito, o entender que tales acontecimientos son auténticos elementos del tipo.

---

<sup>31</sup> Así lo infiere Martínez Pérez, a partir de lo expuesto por Mantovani. *Op. cit. p. 81.*

<sup>32</sup> Antolisei. *Op. cit. p. 534*

<sup>33</sup> Tal idea ha sido expuesta por Martínez Pérez, en *op. cit. p. 82*, en base a lo prescrito en el artículo 144 del antiguo Código Penal español, en que se hablaba de “delito”, en vez de “infracción punible”. Creemos que esta modificación introducida en la disposición en nada cambia el argumento del autor, puesto que para él lo relevante es la “comisión”.

Un ejemplo revelador nos presenta Martínez Pérez, en el caso del delito de quiebra fraudulenta, al sostener que en Italia la opinión dominante considera que “*si la declaración civil de la quiebra es anterior a la comisión de los hechos descritos en la ley como típicos, entonces debe desestimarse la inteligencia de dicha declaración como condición objetiva de punibilidad*”. Sin embargo, en España se ha sostenido que “*es perfectamente imaginable y admisible la concurrencia de la declaración de quiebra con carácter de condición objetiva de punibilidad antes de que se ejecuten, las conductas definidas en la ley como constitutivas del injusto del delito de quiebra*”.<sup>34</sup>

El Código Penal chileno establece en su artículo 95, al igual que lo hacía la antigua legislación española, que el término de la prescripción comienza a correr desde el día “en que se hubiese cometido el delito”. Desde la perspectiva planteada en el párrafo anterior, sostenemos que en nuestro ordenamiento no es posible categorizar a las condiciones objetivas de punibilidad como “hecho futuro e incierto” o “hecho coetáneo al delito”, debido a esto dependerá de la concepción que se tenga acerca de la naturaleza jurídica y ubicación sistemática de tales condiciones: por una parte, si consideramos que se trata de un elemento del delito, la condición se instituye en un elemento que no puede ser anterior ni posterior a la ejecución del hecho, sino que debe ser coetáneo a éste; por el contrario, si estimamos que se trata de un elemento consecuencial al delito, o ajeno a sus elementos esenciales, no existe razón para negar la posibilidad de que la condición sea anterior o posterior a la perpetración del mismo.

Según Beling “Las condiciones de punibilidad pueden estar en tres relaciones temporales distintas: es posible que la condición sea *a)* un suceso *anterior* a la acción; o *b)* una circunstancia *concomitante* con la acción; o *c)* una circunstancia *posterior* a la acción”<sup>35</sup>. De acuerdo con esta temporalidad tripartita, no podemos descartar que las condiciones objetivas de punibilidad operen con anterioridad o de manera simultánea a la perpetración del hecho, razón por la cual rechazamos la idea de que las condiciones objetivas de punibilidad sean hechos futuros e inciertos, y por cierto su identificación como criterio individualizador de la institución.

Por consiguiente, el término “condición” no debe ser entendido en un

---

<sup>34</sup> *ib. p.* 83 y ss.

<sup>35</sup> Cit. por Bacigalupo, Enrique. *Delito y Punibilidad*. (Buenos Aires: Ed. Hammurabi): p. 171.



sentido civilista, sino de modo amplio en su acepción vulgar, como “cosa necesaria para que se verifique otra”, en este caso, necesaria para la aplicación de la pena.

### **1.3 Ajenidad a la Causalidad.**

En España hay coincidencia en mencionar como característica de las condiciones objetivas de punibilidad, la circunstancia de hallarse éstas desligadas de la acción, en el sentido de que entre ésta y la condición no media una relación de causalidad.

En la doctrina italiana se ha defendido la idea de que la norma contemplada en el art. 44 del el Código Penal una desconexión causal, puesto que admite la posibilidad que en el caso concreto la condición puede estar ligada causalmente a la conducta del agente.

El asunto habría tenido cierta relevancia para la doctrina alemana, en el sentido que tal desvinculación permitiría distinguir a las condiciones objetivas de punibilidad de los elementos que pertenecen al tipo, sin embargo, la moderna doctrina germánica sostiene que la falta de una relación de causalidad no constituye un criterio individualizador de las condiciones objetivas de punibilidad, respecto de un elemento del tipo, desde esta perspectiva, la relación de causalidad es un elemento accidental e indiferente.

No obstante lo expuesto, en teoría, no tiene por qué existir una relación de causalidad entre las condiciones objetivas de punibilidad y la acción del sujeto y el hecho de que exista no tendría por qué ser obstáculo para la admisión de una condición objetiva de punibilidad, en consecuencia, no es posible estimar que la “ajenidad” a la causalidad instituya un requisito de esta institución. Debido a que las condiciones objetivas de punibilidad “propias” son causas de restricción de la punibilidad, que no pertenecen al tipo, y tampoco existe una “causalidad necesaria” entre ellas. Sin perjuicio, no puede desconocerse que el establecimiento de un nexo causal entre la acción y un evento del que se hace depender la punibilidad en una figura delictiva, supone un dato que debe tenerse en cuenta, junto con otros criterios exegéticos, para efectos de demostrar que la circunstancia que se analiza es un elemento del tipo que como tal, ha de ser abarcado por la culpabilidad del autor y, de este modo descartar su conceptualización como condición objetiva de punibilidad.

Finalmente, es posible afirmar que una absoluta desconexión causal puede constituir un argumento importante para llegar a la conclusión de que un elemento dado debe ser catalogado como condición objetiva de punibilidad, una vinculación causal necesaria puede ser asimismo una razón relevante para alcanzar la convicción de que la circunstancia que se examina es un elemento del tipo. Todo lo cual, se encuentra sujeto, por cierto, a la interpretación sistemática que se efectúe de la institución.<sup>36</sup>

## **2.- Relación con los Elementos del Delito**

### **2.1 La Tipicidad.**

Lo verdaderamente característico de las “propias” condiciones objetivas de punibilidad es su ajenidad a la tipicidad, dado que esta clase de condiciones se halla al margen de la conducta ilícita y, en consecuencia, su verificación pone el acento en la necesidad de la pena. Por lo tanto, conceptualmente elementos del tipo y condición objetiva de punibilidad propia son conceptos que se excluyen mutuamente.

Las auténticas condiciones objetivas de punibilidad tienen que ser deslindadas de los elementos del tipo, no así aquellas que han sido conceptualizadas como “impropias” condiciones objetivas de punibilidad, dado que estas últimas contribuyen a fundamentar el injusto de la infracción y no se consideran circunstancias limitadoras de la punibilidad. En consecuencia, hay que concluir que existe identidad sustancial entre condición objetiva de punibilidad “impropias” y elementos del tipo, más no estructural, puesto que se encuentran formalmente fuera del injusto, toda vez que han sido desvinculadas de la culpabilidad del agente.

Expuesto lo anterior, resulta de interés para nuestro estudio, considerar previamente el concepto de tipo que nos proporciona don Luis Cousiño Mac Iver<sup>37</sup>, puesto que de ella se extraerá la verdadera conexión entre tipicidad y condiciones objetivas de punibilidad. Al buscar la naturaleza de estas últimas, sostiene que si se equiparan los conceptos de tipo y figura delictiva, se trata sin lugar a dudas de características típicas, puesto que ellas forman parte de la descripción legal, sin

---

<sup>36</sup> Así lo entiende Martínez Pérez, *op. cit.* p. 76 y ss.

<sup>37</sup> Cousiño Mac Iver. *Op. cit.* p. 616 y ss

embargo este es un criterio obsoleto “que no responde a los requerimientos técnico-jurídicos del momento. Además agrega como argumento para rechazar la inclusión de las condiciones dentro de los elementos del tipo, el hecho que no pueda permitirse un ensanchamiento de este último concepto, para hacer caber dentro de él las condiciones objetivas de punibilidad, a pretexto de que, al igual que los demás elementos del delito, también depende de ellas la aplicación de la sanción, porque esto traería como consecuencia *”una pavorosa confusión entre el concepto del delito y el concepto del tipo, tan sólo admisible en el lenguaje vulgar: si la tipicidad es uno de los elementos del delito, mal puede comprender dentro de su contenido a los otros elementos del mismo, aún en el caso de que se le atribuya únicamente una función de adjetivación ...”*

Tampoco es aconsejable extender en demasía el concepto de condición objetiva de punibilidad, al punto de incluir en ellas circunstancias que integran la descripción típica, como por ejemplo: “estar casado” en la bigamia; “ser empleado público”, en la malversación; “la existencia del feto”, en el aborto.<sup>38</sup>

La opinión de Cousiño Mac Iver, expresamente manifestada en su obra, es clara en el sentido que *“las condiciones objetivas de punibilidad nada tienen que ver directamente con la tipicidad del hecho descrito por la ley, aun cuando, innegablemente, ellas pertenecen a la antigua figura delictiva”*. Sostiene que con frecuencia la figura delictiva contiene “especificaciones que no constituyen caracteres propios del delito”, para el caso de las condiciones objetivas de punibilidad la ley describe un “resultado extravagante”, cuyo cumplimiento es indispensable para hacer efectiva la conminación penal, no obstante que ya se encuentran cumplidos todos los elementos del delito, pues se ha llevado a cabo una acción típica, antijurídica y culpable. Explica que existe un delito al cual no se le puede aplicar la sanción por falta de un *aliquid* requerido por la ley, pero que no constituye un elemento del delito.

“Este *aliquid* no forma parte integrante del tipo -jurídicamente considerado-, por muy amplio que sea el concepto que acerca del él se adopte, porque no es un rasgo propio del delito mismo, sino que una peculiaridad de la conminación penal (...). Con mayor razón si se identifica el tipo con la materia de la prohibición, no pueden recibir en él asilo estos resultados extravagantes, que van más allá de la acción vedada”.

Citando a Beling, concluye diciendo que la doctrina dominante en Alemania entiende que las condiciones objetivas de punibilidad no forman parte del tipo, y

---

<sup>38</sup> Etcheberry cita estos ejemplos en D. P., Tomo II, p. 12.

que incluso muchos consideran que solamente puede hablarse de ellas cuando se ha cometido un hecho típico, antijurídico y culpable. Explica que esta opinión supone que, *“en estas hipótesis excepcionales, la ley describe y conmina con pena una conducta delictiva TIPIFICADA, pero que no basta con el cumplimiento del tipo para aplicar la sanción, pues ésta requiere, como requisito previo, la realización de una determinada condición objetiva, presupuesto y condición que NO ESTÁN INCLUIDOS EN EL TIPO”*.<sup>39</sup>

Estamos de acuerdo en la tesis y argumentación propuesta por Cousiño Mac Iver en particular concordamos en la importancia de no confundir el concepto de tipo con el de figura delictiva, y agradecemos la nítida caracterización que efectúa respecto de las condiciones objetivas de punibilidad, al destacar el carácter de ajenidad a la tipicidad.

## 2.2 La Antijuridicidad.

“La característica de las condiciones objetivas de punibilidad es que ellas son independientes de la antijuridicidad del hecho descrito por la ley, es decir, no le restan ni le agregan un adarme de ilícito, por el cumplimiento de ellas, a la acción llevada a cabo.”<sup>40</sup> Asimismo, como expresa Welzel “la existencia o no existencia de condiciones de punibilidad, no altera en nada el contenido de injusto del hecho”<sup>41</sup>. En la misma línea de pensamiento, respecto del auxilio al suicidio contemplado en el **artículo 393** de nuestro Código Penal, los autores Bustos, Grisolía y Politoff, señalan: “Que la muerte se produzca o no en la realidad (...) nada quita o añade a la conducta del auxiliador”<sup>42</sup>. Por su parte Etcheberry, afirma que: “Evidentemente la acción del cooperador está ya terminada y es la misma, sea que la muerte realmente se efectúe o que quede frustrada”. Francesco Antolisei, va más allá en la identificación de las condiciones objetivas de punibilidad, al señalar que debe tratarse de un acontecimiento extrínseco al hecho que constituye el delito, y agregar que *“Normalmente se trata de hechos debidos a la acción libre y consciente de otras personas o a una nueva acción del culpable, que no tiene nada que ver con la que constituye el delito”*<sup>43</sup>; a nuestro entender, lo que está significando este autor es que se trata de un nuevo delito.

---

<sup>39</sup> Cousiño Mac Iver. *Op. cit.* pp. 617 a 621.

<sup>40</sup> Cousiño Mac Iver. *Op. cit.* p. 625.

<sup>41</sup> Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Parte Gral. (Santiago: Ed. Jdca de Chile, 1976): p. 88.

<sup>42</sup> Bustos, Grisolía y Politoff. *Derecho Penal Chileno*. Parte Especial. (Santiago: Ed. Jdca. de Chile, 1972): p. 336.

<sup>43</sup> Antolisei. *Op. cit.* p. 534.

Como se aprecia, está de acuerdo la doctrina nacional, como la extranjera en la independencia de las condiciones objetivas de punibilidad, respecto de la antijuridicidad, y en el nulo efecto de la primera sobre la segunda. A tal punto llega la escisión entre una y otra que se estima a la condición como un hecho voluntario distinto de aquel que constituye el delito; incluso se ha pretendido ver un injusto del hecho y un injusto de la condición objetiva de punibilidad, y a modo de ejemplo, se cita la incitación a otro a provocar o aceptar un duelo, del **artículo 407 del Código Penal chileno**; la conducta en sí misma ya es injusta, sin embargo sólo es punible “si el duelo se lleva a efecto”. Se trata de un caso en que la condición objetiva de punibilidad no depende del autor del hecho, sino que de terceros, en tal situación coexisten, a juicio de Mac Iver, “dos hechos independientes, cada uno de los cuales tiene su propio injusto”. Señala, que “la ley ha configurado un delito que únicamente es punible en el caso que se cometa otro delito”.<sup>44</sup>

Creemos que en el caso propuesto existe más de una figura penal asociada al duelo, del cual emanan delitos diversos: por un lado existe el homicidio en duelo del artículo 406 del C. P. y por el otro la incitación a provocar un duelo contemplado en el artículo 407 del C. P., es en este último caso donde debe circunscribirse la discusión en torno a la independencia de la condición objetiva de punibilidad y la antijuridicidad, no es razonable extrapolar una antijuridicidad asociada a un hecho distinto al contemplado en la figura delictiva específica, como lo sería el del artículo 406 del mismo cuerpo legal. Estimamos que si existe diversidad de injustos, es porque existe diversidad de hechos punibles, es decir, existen al menos dos delitos, cada uno con su dosis de antijuridicidad, aquella que se asocia a la conducta de incitación a provocar un duelo, y la del homicidio en duelo. Razonado lo anterior, no parece lógico atribuir a la condición una antijuridicidad diversa a la de la figura delictiva, menos aún si consideramos que no todas las condiciones de esta naturaleza son estatuidas como acciones, no hay un verbo implícito en la condición, y por tanto no son susceptibles de ser catalogados como hechos a los que es dable atribuir una dosis de antijuridicidad por sí mismos, así sucede por ejemplo en el caso del delito de falsificación de instrumento privado del Art. 197 C. P., en que la condición consiste en el perjuicio, que tiene netamente el carácter de condición objetiva de punibilidad, de requisito necesario para la aplicación de la pena.

### **2.3 La Culpabilidad.**

---

<sup>44</sup> Luis Cousiño Mac Iver. *Op. cit.* p. 623.

La ajenidad a la culpabilidad es uno de los criterios básicos de la categoría de las condiciones objetivas de punibilidad. Por consiguiente, hay que destacar ante todo que no resulta necesario que las condiciones (propias o impropias) sean abarcadas por el dolo ni la culpabilidad del autor. Sin embargo esta afirmación no debe ser tan categórica, teniendo presente lo razonado por Martínez Pérez al referirse a la desvinculación del elemento condicionante de la culpabilidad del autor:

*“Desvinculación que debe ser concebida en abstracto y que, por tanto, no excluye la posibilidad de que en el caso concreto pueda constatarse una referencia de la condición objetiva a la culpabilidad del agente, en virtud de lo cual, resultaría más exacto afirmar que el primer criterio de individualización de la categoría de las condiciones objetivas de punibilidad vendría dado por el hecho de que en ellas la relación de culpabilidad no constituye un requisito indispensable para el castigo de la conducta o que, en definitiva, no resulta necesario que el elemento de la culpabilidad abarque el conocimiento de la condición”.*<sup>45</sup>

Luis Cousiño Mac Iver advierte que “la desvinculación de las condiciones objetivas de punibilidad del dolo, la culpa y la culpabilidad no puede afectar, en ningún caso al principio de *nullum crimen sine culpae*, porque ella se fundamenta en un tipo de injusto ya anteladamente realizado de una manera culpable. En esa concepción, la condición objetiva de punibilidad, que no aumenta lo injusto del tipo cumplido, no requiere ser abrazada por el dolo, la culpa o la culpabilidad, porque no es un *plus* de injusto, sino que es parte de la antijuridicidad del hecho ya cumplido y, por tanto, indiferente desde el ángulo de la culpabilidad”<sup>46</sup> Concordamos plenamente con lo expuesto por autor, toda vez que, consecuentemente a la desvinculación del injusto, no existe afectación de la culpabilidad que pueda provenir de las condiciones objetivas de punibilidad, más aún si tenemos en cuenta que el injusto es uno sólo y general, aquel exigido para la conducta delictiva y, como razonáramos anteriormente, no es posible prever un injusto propio de la condición, de modo que pudiéramos hallar una culpabilidad vinculada también a aquella.

La regla general, es que todos los elementos que el legislador ha utilizado para la configuración de la figura delictiva, se hallen vinculados a la culpabilidad, como señaláramos anteriormente la desvinculación respecto de un elemento de la descripción legal es excepcional, y sólo en base a la aplicación de criterios de interpretación podremos establecer si estamos en presencia de una condición

<sup>45</sup> Martínez Pérez. *Op. cit.* p. 69.

<sup>46</sup> Cousiño Mac Iver. *Op. cit.* p. 627.

objetiva de punibilidad, ajena a la culpabilidad del autor. Sólo después de determinar la ajenidad de la culpabilidad nos daremos a la tarea de determinar si estamos en presencia de una genuina condición objetiva de punibilidad o una condición de las llamadas impropias, en tal labor, resulta indispensable indagar si el comportamiento ya comprende el injusto o si el elemento condicionante contribuye a fundamentarlo. Las condiciones objetivas de punibilidad propias no pertenecen al injusto del hecho, por tanto la culpabilidad no se refiere a ellas, en el caso de las condiciones objetivas de punibilidad impropias la desvinculación del dolo o culpa obedece pura y simplemente al deseo del legislador de tratar esas circunstancias “como si no” formasen parte del tipo, aunque ciertamente contribuyen a fundamentar la antijuridicidad de la infracción.<sup>47</sup>

La ajenidad a la culpabilidad es un elemento ampliamente reconocido por la doctrina como característico de las condiciones objetivas de punibilidad, el que le otorga el carácter objetivo a las mismas, y que lo hace diverso de los restantes elementos del delito, al punto de fundamentar su carácter accesorio o adicional. Tal idea se justifica al aplicar la técnica de “supresión mental” del elemento condicionante, esto es, si aislamos de los restantes elementos del delito, podemos constatar que su ausencia no afecta en nada a la culpabilidad del autor.

### **2.3.1 El Error sobre las Condiciones Objetivas de Punibilidad.**

Tanto en la doctrina alemana como en la española, se ha adoptado la idea que, si las condiciones de punibilidad no forman parte del injusto, el error sobre ellas deberá ser irrelevante. Las razones esgrimidas para justificar la irrelevancia acerca del error sobre las condiciones objetivas de punibilidad, obedecen a la idea de que estas circunstancias representan limitaciones de la punibilidad, introducidas por consideraciones político criminales, que en ningún caso afectan al contenido del injusto. Sin embargo, tales razones no justifican la irrelevancia del error en las condiciones objetivas de punibilidad impropias, puesto que si atendemos a su fundamento y función, el asunto adquiere plena vigencia, pues contribuyen a fundamentar el injusto.

En lo que concierne a las condiciones objetivas de punibilidad impropias, Martínez Pérez, nos propone reflexionar sobre la tesis formulada por SAX, quien acepta la operatividad de un “error sobre las condiciones objetivas de punibilidad, como consecuencia de la ubicación de estas circunstancias en la esfera del tipo

---

<sup>47</sup> Martínez Pérez. *Op. cit.* p. 121.

de injusto“. En la construcción de este autor, si bien las condiciones objetivas de punibilidad coadyuvan a fundamentar el injusto, no pueden ser englobadas en el “tipo legal” (cuya función dentro del más amplio concepto del tipo de injusto se limita a describir los elementos que deben ser abarcados por la culpabilidad del agente). De ahí que el error acerca de las condiciones objetivas de punibilidad deba poseer un tratamiento diferente al que se reserva para el error sobre el tipo y deba ser concebido en consecuencia, como un error sobre la prohibición. A su juicio, para que concurra un error sobre la prohibición, de acuerdo con la normativa alemana, basta con la ausencia de conocimiento del injusto, en virtud de lo cual es imaginable la apreciación de un error semejante en casos de “ingenuidad” en los que el agente no se planteó la cuestión de la posible antijuricidad del comportamiento ejecutado.<sup>48</sup>

Bacigalupo, al tratar el fundamento de las condiciones objetivas de punibilidad y citando a Beling, señala que éstos no son elementos que pertenezcan al tipo y que sólo los elementos del tipo deben ser alcanzados por el dolo y son objeto del conocimiento requerido por éste; entonces estaríamos en presencia de dos clases de elementos: los que deben ser alcanzados por el dolo y los que no, es decir, “elementos sobre los que se admite el error y elementos sobre los que no se admite”.<sup>49</sup> Estima el autor alemán, que el único fundamento que determina la calidad de elemento típico o de mera condición de la punibilidad es *la relevancia o no sobre el elemento del tipo*: “si no se admite la relevancia del error sobre el elemento, entonces será una condición de punibilidad (objetiva)”<sup>50</sup> Para el autor español, Mezger es el único que trata de explicar desde el punto de vista correcto el problema de la irrelevancia del error sobre la punibilidad, éste habría considerado que “el principio de culpabilidad requiere el conocimiento de la punibilidad de la acción”; sin embargo, a su juicio, el derecho positivo no adoptó este punto de vista, pues el parágrafo 59, 1º del Código Penal, “exige respecto del dolo el conocimiento de los presupuestos del delito, pero no el conocimiento de las consecuencias del mismo”, por este motivo es que se rechaza en general la conciencia de la punibilidad de la acción como requisito del dolo. No obstante este raciocinio, Bacigalupo disiente en esta última parte y entiende que “de la sola lectura del parágrafo 59, 1º del Cód. Penal alemán de 1871 puede concluirse que éste nada decía con respecto a la antijuricidad y que en realidad, se refiere al error que recae sobre circunstancias que modifican la punibilidad”.<sup>51</sup> En síntesis,

---

<sup>48</sup> Martínez Pérez. *Op. cit.* p. 123.

<sup>49</sup> Bacigalupo. *Op. cit.* p. 168

<sup>50</sup> *ib.*, p. 171.

<sup>51</sup> *ib.*, pp. 182 y ss



no es posible fundamentar en base al derecho positivo la irrelevancia del error sobre los elementos de la punibilidad. Al respecto el mismo autor extrae una conclusión:

“La trascendencia en lo práctico de la discusión dogmática sobre si cierto elementos deben pertenecer al injusto o a la punibilidad, es insignificante mientras se mantenga la máxima que considera irrelevante el error sobre la punibilidad. En otras palabras, la inclusión en lo injusto de elementos respecto de los cuales la culpabilidad es indiferente, no trasciende del nivel meramente terminológico del problema”.<sup>52</sup>

El paso siguiente en la tarea de determinar si se considera y es relevante el error sobre la punibilidad, nos conduce a explorar los deslindes entre error de tipo y error de prohibición y sus consecuencias en nuestro derecho. Resumiendo las ideas de Etcheberry, es **error**: la disconformidad entre una representación mental y la realidad externa pasada o presente; es **error de tipo**: aquel que recaería sobre las circunstancias de hecho constitutivas del tipo (incluyendo la posibilidad de verificación del resultado y de la virtualidad causal del propio acto); por otra parte, el **error de prohibición (o error de licitud)**: recaería “sobre la antijuridicidad de la acción realizada (por ignorancia o imperfecto conocimiento de la ley o por error sobre la concurrencia de causales de justificación legales)”. El efecto de la concurrencia de ambos tipos de error redundan en la impunidad del acto, porque ya sea tratándose de error de hecho o de derecho, de tipo o de prohibición, en cualquier caso “el sujeto no tiene conciencia de que su acto es contrario a derecho”.<sup>53</sup>

El artículo 1 del Código Penal chileno, define “Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley” y luego en su inciso 2º establece que “las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias”. Pacheco, miembro de la Comisión Redactora de nuestro Código Penal de 1848, atribuye al elemento voluntariedad el alcance de “libre, inteligente e intencional”, entonces la libertad es para él un elemento sin el cual no hay “voluntariedad” y, por lo tanto, no hay delito<sup>54</sup>. En el mismo orden de ideas Etcheberry, al tratar el error sobre la ley señala que el texto expreso del Art. 1º del Código establece que la presunción de concurrencia de “voluntariedad” es una presunción simplemente legal, esto es, que puede llegar a establecerse lo contrario.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> Bacigalupo. *Op. cit.* p. 185.

<sup>53</sup> Etcheberry, D. P., Tomo I, p. 331 y ss.

<sup>54</sup> Citado por Etcheberry, D. P. Tomo I, p. 334.

<sup>55</sup> *ib.*, p. 338.

Decíamos anteriormente que el error sobre las condiciones objetivas de punibilidad adquiere relevancia tratándose de las condiciones impropias, puesto que al contribuir a fundamentar el injusto de la conducta, debe ser considerado como un error de prohibición, sin embargo, tratándose de las condiciones objetivas de punibilidad propias, el asunto debe ser resuelto evaluando la existencia de un eventual error de punibilidad en nuestro ordenamiento penal. A nuestro juicio el error sobre la punibilidad podría tener cierta relevancia en nuestro derecho positivo toda vez lo que hace el legislador es atribuir “voluntariedad” a todos los elementos del delito, inclusive a la penalidad; de tal suerte que una vez que la ley presume este elemento subjetivo en toda la extensión del delito, admite la posibilidad de probar su no concurrencia. Sería el caso de un sujeto que ignora que existe una penalidad establecida para el caso de verificarse la muerte en el supuesto de auxilio al suicidio y tampoco imagina que existen elementos que la condicionan; en teoría el sujeto pudo conocer los hechos constitutivos de la figura de inducción, e incluso pudo saber que esta figura está prohibida por la ley; pero, sin embargo ignoró el requisito de la muerte del sujeto y que una vez ocurrida la muerte del suicida es posible aplicarle la pena establecida en el Art. 393. Entonces las interrogantes que surgen son: si es relevante para efectos de castigar al sujeto, el hecho del conocimiento de la penalidad y de los elementos específicos que la condicionan o si es posible atribuir al error de punibilidad el mismo efecto asignado para los errores de tipo o errores de prohibición. Concebir el error sobre la punibilidad como una posibilidad cierta dentro de nuestro sistema, implicaría reconocer que la culpabilidad requiere el conocimiento de la punibilidad de la acción, sustentado en el inciso 2° del artículo 1° de nuestro Código Penal, no obstante, esta posibilidad contraviene abiertamente la argumentación relativa a la ajenidad a la culpabilidad propugnada para las condiciones objetivas de punibilidad propias. En la búsqueda de alternativas para salvar este dilema volvimos a Bacigalupo, para quien la “conciencia de la punibilidad” no debe referirse a la “magnitud de la punibilidad”; pero sólo logramos reafirmar lo expuesto anteriormente, a lo que agregamos que para nosotros el sujeto en quien no concurre ni error de tipo ni error de prohibición no puede alegar falta de conocimiento en cuanto a la punibilidad de la conducta, pero sí podría alegarla tratándose de la cuantía de pena o de las condiciones para su aplicación, en este caso estaríamos en el error acerca de las condiciones objetivas de punibilidad propias.

La culpabilidad ha sido definida como *“la reprochabilidad de una acción típicamente antijurídica, determinada por el conocimiento, el ánimo y la libertad de*

su autor.<sup>56</sup> Por su parte, el dolo es la forma característica de la voluntad culpable en materia penal, e integra la generalidad de los delitos, es definido como “el conocimiento de los hechos constitutivos del tipo, acompañado de la conciencia de su antijuridicidad y la intención o aceptación de su posible resultado.” Los elementos del dolo son: 1. **Conocimiento** acerca de: a) Las circunstancias típicas y b) La antijuridicidad de la acción; 2. **El ánimo**, el querer la acción y el resultado; y 3. **La libertad** con que el sujeto ha obrado. Finalmente, se entiende que la voz voluntaria a que alude el Art. 1° del C. P., significa “dolosa”.<sup>57</sup>

En conclusión, estimamos que eventualmente el error sobre la penalidad podría adquirir relevancia en nuestro sistema penal, en cuanto el sujeto pudo ignorar una condición para la aplicación de la pena, cuya prueba contrarrestaría en cierta medida la voluntariedad presunta contenida en el inciso 2° del art. 1° del C. P. Lo anterior se justifica porque la voluntariedad, entendida como culpabilidad, sólo dice relación con los restantes elementos del delito, no así con la penalidad, pues en ella tanto el ánimo como la libertad del sujeto no ejercen ninguna influencia y el conocimiento sólo dice relación con la cuantía de pena o con las condiciones para su aplicación, es decir, se trata de un conocimiento ajeno al requerido para la tipicidad y la antijuridicidad.

---

<sup>56</sup> Etcheberry. *Op. cit.* p. 277

<sup>57</sup> *ib.*, p. 292 y ss.

## CAPITULO III

### Delimitación de las Condiciones Objetivas de Punibilidad

#### 1. Naturaleza Jurídica.

En este estado del estudio, corresponde indagar acerca de la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibilidad, la que se de efectuará brevemente en función de la categoría de que se trate. En el caso de las condiciones objetivas de punibilidad propias partimos del supuesto que nos encontramos ante un comportamiento típico, antijurídico y culpable en que la función de la condición objetiva es restringir la punibilidad, que tiene su sustento en criterios de utilidad, en tal sentido **operan como circunstancias o factores adicionales que se agregan a los elementos objetivos o subjetivos de imputación**, que expresan la necesidad y merecimiento de pena para que la conducta pueda ser efectivamente castigada, lo que obedece principalmente a criterios de política criminal, que están al margen de los elementos esenciales del delito, como son el injusto y la culpabilidad.

Las condiciones impropias, por su parte, no suponen un comportamiento como el anterior, sino que fundamentan el injusto de la infracción, es decir, **constituyen elementos que desde la perspectiva material, pertenecen al injusto de la infracción**. Desde un punto de vista formal se encuentran desvinculados de las exigencias de dolo y culpa y no desempeñan una función limitadora de la punibilidad, sino que al contrario, permiten fundamentar la imposición de una pena, ampliando la punibilidad.

#### 2. Ubicación Sistemática.

Como hemos venido sosteniendo, las condiciones objetivas se encuentran fuera de los elementos esenciales del delito: injusto y culpabilidad, pero sin embargo, hay ocasiones en que el legislador las contempla en la descripción de la figura delictiva, emergiendo conjuntamente con el injusto y la culpabilidad del agente para que pueda imponerse la pena. Por tratarse, en ambos casos, de presupuestos materiales de la pena, por su proximidad con el hecho injusto y en razón de las consecuencias que acarrea el cumplimiento de la condición,

corresponde su estudio en la Teoría del Delito. Se trata de elementos adicionales que suponen, fuera de los elementos básicos, otros materiales necesarios para la imposición de la pena, que siendo escasas en el derecho positivo, se aprecian de manera accidental en relación a los demás elementos y que para su mejor entendimiento deben ser estudiados en relación con figuras delictivas específicas.

Las condiciones propias suponen en sí mismas una conducta merecedora de pena, a la cual se agrega por razones de política criminal la necesidad de pena, haciendo lógica su ubicación después de la culpabilidad, es decir, en una categoría independiente a ésta y cumpliendo la función de restricción de la punibilidad. Por su parte, las condiciones de carácter impropio se encuentran cercanas al injusto, correspondiendo su ubicación sistemática como elemento del mismo.

*Las condiciones objetivas de punibilidad propias* deben ubicarse sistemáticamente al margen del injusto y de la culpabilidad del agente, o como diría Martínez Pérez “en una categoría que se sitúe “más allá de” estos elementos, dado que la institución que nos ocupa presupone la presencia de injusto y culpabilidad”<sup>58</sup>.

No obstante lo anterior, es preciso reconocer que algunas de las condiciones objetivas de punibilidad se hallan próximas al tipo, puesto que las denominadas *condiciones impropias* son sustancialmente elementos del injusto, aunque no están cubiertas por la culpabilidad del agente. En el supuesto que se admitiera en nuestro Derecho la diferenciación entre condiciones propias e impropias, y se atribuyera a estas últimas el mismo papel que a los demás elementos del injusto, con la salvedad de ser sustraídas a las exigencias de dolo y culpa, éstas deberían situarse sistemáticamente en el tipo, como anexo al mismo, pues sin su verificación sería imposible calificar una determinada conducta como antijurídica.

En otro orden de cosas, conviene hacer presente que existen a lo menos tres posturas relativas a la ubicación sistemática de las condiciones objetivas de punibilidad:

1.- Ubicación de las condiciones objetivas de punibilidad en el seno del tipo por estimar que esta clase de elementos contribuyen a fundamentarlo.

---

<sup>58</sup> *Op. cit.* p. 109.

La importancia de esta postura radica en las consecuencias que podría acarrear, la ubicación de las condiciones objetivas de punibilidad en el tipo, en materia de culpabilidad: a) Si se otorga relevancia al error sobre las condiciones objetivas de punibilidad: Esto sólo se justifica en lo que respecta a las condiciones impropias, sin embargo no existe fundamento para concebir el error respecto de las condiciones propias, que no contribuyen a fundamentar el injusto; b) Si no se otorga ninguna relevancia al error sobre las condiciones objetivas de punibilidad: No existe fundamento para ubicar tales condiciones, ajenas a la culpabilidad del autor, en el tipo.

## 2.- Ubicación de las condiciones objetivas de punibilidad fuera del tipo, pero abordando su estudio en estrecha conexión con éste.

En la doctrina alemana, Jakobs aborda el examen de las condiciones objetivas de punibilidad en relación con el tipo, antes de analizar las causas de exclusión de la antijuricidad y la teoría de la culpabilidad, sobre la base de que las circunstancias de referencia son condiciones retroactivas y suspensivas del injusto; no obstante, entiende que las condiciones objetivas de punibilidad no pertenecen al tipo de injusto y, por tanto, no tienen que ser captadas por la culpabilidad del autor.<sup>59</sup>

En la doctrina española, Mir Puig postula que las condiciones objetivas de punibilidad pertenecen al tipo penal porque condicionan la “objetiva relevancia penal del hecho”, es decir, afectan el carácter penal de la antijuricidad del hecho, y de ellas depende el injusto penal. El autor plantea una particular configuración del concepto de tipo penal, al señalar que: *“Puesto que el tipo penal es el concepto que sirve para seleccionar los hechos que son penalmente relevantes, lo más oportuno parece incluir todos los elementos que condicionan la objetiva punibilidad de un hecho -tanto si afectan a la gravedad del injusto, como si obedecen a otras razones político-criminales- en el tipo penal”*<sup>60</sup>. Se ha opuesto como crítica a esta tesis, que no existen suficientes razones que aconsejaren ubicar sistemáticamente las condiciones objetivas de punibilidad en inmediata conexión con el tipo y, si bien se podría aceptar su inserción en el tipo de la teoría general del Derecho, que aglutina todos presupuestos jurídico-materiales que condicionan la aplicación de una pena, esta postura no resulta concordante con

<sup>59</sup> Citado por Martínez Pérez. *Op. cit.* p. 110.

<sup>60</sup> Mir Puig. *Op. cit.* p. 117.

uno de los postulados básicos de las condiciones objetivas de punibilidad, cual es la ajenidad a la culpabilidad. Tal contradicción ha sido puesta de manifiesto por Martínez Pérez, quien agrega como fundamento que “(...) *el tipo, en la teoría general del Derecho, incluye también la culpabilidad; y, si las condiciones objetivas de punibilidad son ajenas a ella, parece sistemáticamente más apropiado, desde el punto de vista estructural, la ubicación de las mismas detrás de la culpabilidad.*”

### 3.- Ubicación de las condiciones objetivas de punibilidad en una categoría autónoma.

Pese a las argumentaciones anteriores, parece más conveniente adscribir a la tesis que postula la ubicación de las condiciones objetivas de punibilidad después de la culpabilidad, en una categoría independiente, que destaque su auténtica función de restricción de punibilidad.<sup>61</sup> Sin embargo, como ya hemos tenido ocasión de subrayar, no se puede desconocer la diversa función asignada para las condiciones impropias.

En la doctrina alemana, se contempla bajo la denominación de “presupuestos de la punibilidad” o “presupuestos materiales de la punibilidad”, a las condiciones objetivas de punibilidad acompañadas de otras instituciones afines, como las causas personales de exclusión y de levantamiento de la pena, las que conforman una categoría que se halla fuera del injusto y de la culpabilidad, y a su vez posee independencia de los denominados “presupuestos de perseguibilidad”, que son presupuestos “formales” de la punibilidad, pertenecientes al Derecho Procesal.

La doctrina italiana suele admitir la ubicación de las condiciones en la categoría designada comúnmente como “punibilidad”, sin embargo, atendido que el Art. 44 C. P. no esclarece la naturaleza jurídica de estos elementos, no existe acuerdo acerca de la pertenencia de las condiciones objetivas de punibilidad: si esta se debe ubicar dentro de los auténticos elementos del delito o en el régimen de las consecuencias jurídicas. Además, cabe destacar que en la doctrina italiana no se suscita el problema de la diversa ubicación sistemática de las condiciones propias e impropias, toda vez que no adopta tal distinción. Asimismo en España, las condiciones objetivas de punibilidad se han ubicado tradicionalmente en la “punibilidad” o “penalidad”, y la discusión respectiva se ha centrado en la aceptación o rechazo de la punibilidad como elemento del delito.

---

<sup>61</sup> Martínez Pérez. *Op. cit.* p. 112.

En conclusión, atendiendo a la naturaleza jurídica de las condiciones, podemos afirmar que: a) *Las condiciones propias* se ubican fuera de los elementos esenciales del delito (injusto y culpabilidad) y, junto con las causas personales de exclusión de la pena, dotan de contenido a la “punibilidad”, que se erige como categoría autónoma; b) *Las condiciones impropias*, al contribuir a fundamentar el injusto, deben ubicarse sistemáticamente en el tipo, como anexos a éste.

## 2.1 La Punibilidad como Cuarta Categoría del Delito

Como enunciamos, la ciencia penal italiana y española ha venido ubicando la institución que nos ocupa en la categoría de la “punibilidad”, centrando la discusión en torno a la idea de si se trata o no de un elemento del delito. A fin de trasladar apropiadamente el asunto al sistema nacional, resulta conveniente averiguar qué entiende por *delito* tanto la doctrina nacional y extranjera, así como nuestra legislación, puesto que, sólo en virtud de los conceptos que nos proporcionen, podremos determinar si la penalidad o “punibilidad” constituye una categoría integrante del delito, si por el contrario, es autónoma de éste, o en último término, si sólo debe atribuírsele el carácter de consecuencia del mismo.

Dejando de lado las definiciones marcadas por un sello filosófico o sociológico, y sin pretender efectuar un análisis detenido de la evolución histórica de los elementos que la integran, llegamos a la definición jurídica de delito aportada por von Liszt, quien es catalogado en nuestro país, por Etcheberry como “el primer sistematizador del concepto de delito en un plano estrictamente jurídico”<sup>62</sup>; la definición reza: “delito es el acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena”. Esta definición es perfeccionada con posterioridad por Beling, aportando de paso a la teoría del delito, el concepto de tipicidad, así define al delito como “una acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones objetivas de punibilidad”. El citado autor chileno advierte que “esta última nota se refiere a la existencia de determinados factores ajenos a la acción misma, pero a cuya presencia la ley ha subordinado la imposición de una pena”.<sup>63</sup>

En la doctrina chilena, Labatut considera que es delito: “la acción típicamente antijurídica, culpable y conminada con una pena”; Ortiz Muñoz lo

---

<sup>62</sup> *Op. cit.* p. 164.

<sup>63</sup> Etcheberry. *Op. cit.* p. 165.



define como “el hecho ilícito y culpable sancionado con pena”; Novoa, como “la conducta típica, antijurídica y reprochable”, término este último que el autor prefiere al de “culpable”; y Cury, como “acción u omisión típica, antijurídica y culpable”. Cousiño acepta la fórmula “hecho típico antijurídico y culpable”. Garrido Montt propone el concepto “comportamiento del hombre (acción u omisión), típico, antijurídico y culpable”.

El artículo 1 del Código Penal nos ofrece una definición de delito, en su inciso primero: *“Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.”* La norma exige una **acción**, y seguidamente trata de su voluntariedad, lo que resulta coincidente con la **culpabilidad** del autor, para finalmente llegar a la **pena** establecida por ley. Sin embargo, en dicha norma el legislador no se refirió a la tipicidad ni la antijuridicidad, razón por la cual, algunos autores, entre ellos Etcheberry, han tratado de completarla haciendo una interpretación sistemática de nuestra legislación, a partir de las bases constitucionales del derecho penal. En particular extraen la **tipicidad** del artículo 19 N° 3 de la Constitución, que prohíbe a la ley imponer penas sin describir expresamente la conducta a la cual se imponen. En último término, la **antijuridicidad**, la contrariedad al ordenamiento jurídico, vendría a constituir un segundo paso luego de la tipicidad, puesto que, a juicio del autor, no resultaría suficiente que la norma hiciera una descripción expresa, sino que para poder ser penada una acción, requiere que la ley la prohíba o la ordene, tal conclusión debe resultar de la aplicación de todas las leyes penales y del ordenamiento jurídico.

Etcheberry denomina formalmente delito a “todo aquello a lo cual aparece asociada una pena como consecuencia jurídica.” Más adelante en su obra concluye, en términos generales, que son equivalentes la definición doctrinal de delito como “acción típica, antijurídica y culpable” y la definición legal del artículo 1° C. Penal, atendida, por cierto, su complementación basada en la sistemática jurídica. El autor no considera a la pena o penalidad como uno de los elementos del delito, sin embargo se hace cargo de ella, señalando como requisito legal indudable para su imposición “la ausencia de excusas legales absolutorias y la concurrencia, en su caso, de las condiciones objetivas de punibilidad”. Pero advierte que estas últimas, siendo ajenas a la acción, no podrían de ningún modo incluirse en la definición del Art. 1°.<sup>64</sup>

A nuestro juicio, no parece acertado atribuir a una norma más contenido

---

<sup>64</sup> *Op. cit.* p. 168.

que aquel que el propio legislador quiso otorgarle. Es probable que su voluntad haya sido únicamente la de elaborar un concepto genérico, pero preciso a la vez, que destacara los elementos que son esenciales en todo delito, que resultan ser la causa y el efecto del mismo, estos son la “acción” (u omisión) y la “pena”, sin olvidar el elemento volitivo, que permite atribuirle una responsabilidad al sujeto de la acción. De paso parece haber dejando de lado aquellos elementos que resultan evidentes, o que, habiendo sido contemplados en otras disposiciones, sólo contribuirían a sobrecargar de requisitos a un concepto que parece simple, pero que es eficaz en su propósito. Tanto la tipicidad, como la antijuricidad no han sido incluidas expresamente al elaborar la definición legal, aunque puedan ser deducidas, en general, del ordenamiento penal o, en particular, de la propia Constitución, como lo propone el autor aludido, sin embargo, no podemos desatender aquellos elementos que fueron incluidos expresamente, en especial aquel que es materia de nuestro interés: *la pena*, y más allá de ella, la aplicabilidad de la misma, la posibilidad jurídica de imponer esta sanción.

Siguiendo en la senda de determinar los elementos que componen el delito, cuya finalidad es tratar de dilucidar si las condiciones objetivas de punibilidad ostentan tal carácter, advertimos que la doctrina española en general acepta la estructura tripartita del delito; por otra parte, aunque dotan de contenido a la punibilidad -dentro de las que incluyen las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas legales absolutorias-, no existe acuerdo en cuanto a si es una o no una categoría integrante del delito, así según Bacigalupo:

*“En efecto, en la definición de delito existe un difundido acuerdo respecto de tres de los caracteres del mismo: la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad.*

*Por el contrario, no existe acuerdo respecto de un cuarto elemento: la punibilidad. Quienes admiten que la punibilidad debe ser un elemento del delito modifican afirmando que el delito es una “acción típica, antijurídica y culpable, penada por la ley”. Los autores que consideran que la punibilidad es una consecuencia del delito, pero no un elemento del mismo, estiman que en realidad el delito se completa con la infracción de la norma (tipicidad y antijuricidad) y la culpabilidad, y que estos elementos no requieren ningún otro, por lo que si el delito está penado o no por la ley es sólo una consecuencia de la infracción culpable de la norma. De una u otra forma, la categoría de la punibilidad se manifiesta en las condiciones de punibilidad y en las llamadas excusas absolutorias.”<sup>65</sup>*

Por su parte, Jiménez de Asúa advierte que, en lo que respecta a la penalidad, muchos autores modernos piensan que en vez de una característica del delito, es esta una consecuencia, pero deja establecido que a su juicio “no sólo

---

<sup>65</sup> Bacigalupo. *Op. cit.* p. 213.

es un carácter del delito, sino el que mejor define su especificidad“. Siguiendo su argumentación lógica, notamos que tanto la antijuridicidad como la culpabilidad serían elementos del injusto y no propiamente del delito (en Derecho Civil también hay acción antijurídica y culpable). Entonces, nos quedan como elementos definitorios la tipicidad y la penalidad, los que a juicio del autor son caracteres específicos del delito *”y mucho más en países como España, Chile o México, en los que la definición lleva explícitamente exigida la pena legal”*.<sup>66</sup> Parece sugerente la argumentación dada por el autor, atendido lo que razonábamos anteriormente en relación a la intención del legislador la definir delito en el artículo 1° del Código Penal.

En Italia, la corriente dominante afirma que la punibilidad es una consecuencia del delito y entienden que las condiciones objetivas de punibilidad son accidentes extraños al concepto de delito. Para Antolisei, *“la punibilidad, entendida como aplicabilidad de la pena, es una consecuencia del delito que, por ello, no puede considerarse como elemento suyo (...)”*. La razón de esta categórica afirmación la encuentra en el concepto de elemento: *“En efecto, elemento significa condición necesaria para la existencia de un fenómeno, siendo siempre un quid que le precede. La punibilidad, por el contrario, constituye un posterius respecto al delito, en el que tiene su origen.”*<sup>67</sup> En la misma línea Giuseppe Bettiol, define delito como *“todo hecho humano lesivo de intereses penalmente tutelados, del cual se pueda reprochar a su autor”*. Agrega que en esta definición aparentemente ha dejado fuera el elemento de la punibilidad, porque entiende que este no es un elemento que posea autonomía estructural. *“La punibilidad es más bien una nota genérica de todo el delito, por cuanto éste, cuando es estructuralmente perfecto en todos sus elementos, resulta un hecho punible que requiere necesariamente la pena.”* Seguidamente el autor reestructura su definición de delito, al decir que éste es *“todo hecho humano lesivo de intereses penalmente tutelados, del cual se pueda reprochar a su autor y para el cual esté prevista como consecuencia jurídica una pena”*. Concluye que la pena es una consecuencia jurídica necesaria del delito, es decir que, una vez perpetrado el delito ella debe ser aplicada. Sólo trata de manera accidental la existencia de las condiciones objetivas de punibilidad, asumiendo que en algunos casos limitados el legislador, a pesar de considerar estructuralmente perfecto un delito, hace depender la punibilidad del hecho delictuoso de la verificación de un evento ulterior, denominado condiciones objetivas de punibilidad.<sup>68</sup>

<sup>66</sup> Jiménez de Asúa. *Op. cit.* p. 459.

<sup>67</sup> Antolisei. *Op. cit.* p. 532.

<sup>68</sup> Bettiol, Giuseppe. *Derecho Penal*. Parte General. (Bogotá: Temis, 1965): p. 182 y ss.

En Alemania, los autores han manifestado tal diversidad de criterios respecto de la ubicación sistemática de las condiciones objetivas de punibilidad, que un breve repaso de las posturas existentes al respecto, nos muestra un amplio abanico de ideas de tal manera que no podemos dar una regla común que las aglutine; así por ejemplo, Claus Roxin, ha incluido en lo que denomina “*otros presupuestos de la punibilidad*” a las condiciones objetivas de punibilidad y la ausencia de causas de exclusión de la punibilidad. A su juicio, son cuerpos extraños al Derecho Penal, que hacen valer “otros intereses que aquí reclaman incluso la prioridad frente a las genuinas finalidades jurídicopenales. *“Por regla general, una acción típica, antijurídica y efectuada responsablemente también es punible. Por tanto, una cuarta categoría delictiva más allá del sistema tripartito del delito no designa un presupuesto general de la punibilidad y ya por esa razón no puede tener el mismo rango que el tipo, la antijuridicidad y la responsabilidad”*. Un análisis más exacto, a su entender, pone de manifiesto que tales elementos “*no están al margen de la estructura tripartita del delito, sino que se pueden incluir en el tipo, en la antijuridicidad o en la responsabilidad. Sólo si se excluyen tales elementos, cabe elaborar claramente la estructura de los presupuestos de la punibilidad que deben describirse en una cuarta categoría*”<sup>69</sup>.

Por su parte, Jakobs considera que las tres categorías delictivas son suficientes, ubicando los criterios con finalidad extrapenal en el tipo o en el injusto. Su catálogo de condiciones no suponen ningún cambio respecto del tipo o del injusto, en el sentido de incluirlos en una cuarta categoría del delito, así queda de manifiesto desde el comienzo de su apartado 10, titulado “Las condiciones objetivas (de exclusión) del injusto o de su tipicidad penal”. Ya en el texto advierte que “*las condiciones exclusivamente objetivas se denominan condiciones objetivas de punibilidad, no impidiendo estas condiciones, según la opinión dominante, ni el injusto ni el tratarlo como conducta que realiza el tipo*”, posición a la que adhiere en el desarrollo de su estudio.<sup>70</sup> Para Mezger “Juntamente con el tipo injusto aparecen, como “anexos” del mismo, las *condiciones objetivas o externas de la punibilidad*”, agrega que no son elementos integrantes de la culpabilidad, estando más bien vinculadas al tipo del injusto.<sup>71</sup> Finalmente Welzel parece dar a la punibilidad, sin decirlo expresamente, el carácter de consecuencia del delito, excluyendo de paso a las condiciones objetivas de punibilidad de los

---

<sup>69</sup> Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*. (Madrid: Civitas, 1997): p. 223 y ss.

<sup>70</sup> Jakobs, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. (Madrid: Ed. Jdcas., 1995): p. 402 y ss.

<sup>71</sup> Mezger, Edmund. *Derecho Penal. Parte General*. (Buenos Aires: Ed. Bibliográfica, 1958): p.144

elementos del delito: *“Por regla general, los tres elementos del delito: Tipo, antijuridicidad y culpabilidad dan lugar sin más, a la punibilidad. En algunas pocas disposiciones, no obstante, la punibilidad depende de condiciones ulteriores radicadas fuera de los elementos del delito.”*<sup>72</sup>

En nuestro continente, Zaffaroni califica a la pena como “la consecuencia del delito”, sin embargo aclara que *“puede existir delito sin que opere la coerción penal”*, porque en ciertos casos de excepción la coerción penal carece de operatividad por razones que algunas veces corresponden al derecho penal y otras veces se encuentran fuera de él. Las dudas surgirían en torno a la idea que se tenga de la punibilidad, en tanto que algunos la emplean como “merecimiento de pena” y otros como “efectiva posibilidad jurídica de aplicar pena”. Tal como lo demuestran sus palabras, el autor prefiere el segundo de los sentidos de la expresión, excluyéndola de la teoría del delito:

*“La punibilidad, entendida como merecimiento de penalidad (Srafwürdigkeit) nunca puede escindirse del delito, pero la punibilidad entendida como posibilidad jurídica de hacer efectiva la penalidad que el delito merece (Strafbarkeit) es un problema que debe resolverse en el ámbito mismo de la penalidad, es decir en el núcleo central de la coerción penal.”*<sup>73</sup>

En Chile la cuestión se ha centrado en determinar si la condición objetiva de punibilidad es un requisito del delito, es decir, si el delito no existe faltando la condición, o si por el contrario, la condición es completamente independiente del delito y sólo condiciona la posibilidad de aplicar la pena. Si el delito es previo a la condición, es decir que el cumplimiento de esta eventualidad es independiente de la realización de un hecho típico, antijurídico y culpable, a juicio de Cousiño Mac Iver, *“sería completamente inútil hacer ningún estudio acerca de las condiciones objetivas de punibilidad, puesto que ellas carecerían de toda influencia en el hecho típico, antijurídico y culpable, o sea, otros términos, desaparecerían de la teoría del delito para radicarse, de manera exclusiva, en la sanción penal”*<sup>74</sup>. En el mismo sentido, Cury ha resaltado que existen algunos raros casos en que el legislador condiciona *“la imposición de la pena”* a la concurrencia de una o más circunstancias cuya realización es independiente de la voluntad del agente, a las cuales se les denomina condiciones objetivas de punibilidad.<sup>75</sup> Por su parte Labatut estima que la ley exige estos requisitos en determinados casos *“para la*

---

<sup>72</sup> Welzel. *Op. cit.*, p. 87.

<sup>73</sup> Zaffaroni. *Op. cit.* p. 17.

<sup>74</sup> Cousiño Mac Iver. *Op. cit.* p. 618.

<sup>75</sup> Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal*. Parte General, Tomo I. (Santiago: Ed. Jdca. De Chile, 1992): p. 342.

*imposición de la pena*“, son eventos sin cuya concurrencia el delito existe ontológicamente, pero no puede castigarse.<sup>76</sup>

Las condiciones objetivas de punibilidad, dotan de contenido propio y autónomo a la “punibilidad” o “penalidad” y, desde esta perspectiva, suponen “otros” presupuestos materiales para la imposición de la pena. De ahí que, al lado de los elementos básicos del delito: la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que constituyen presupuestos esenciales de la pena y son de necesaria concurrencia para toda clase de hechos delictivos, surgen estos elementos adicionales, añadidos o agregados al delito que, en determinados casos, vienen a justificar la imposición de la pena, que tienen que ser examinados en relación con específicas y aisladas figuras de delito.

### **3. Delimitación ante Figuras Afines**

En primer lugar dejaremos establecido que las condiciones objetivas de punibilidad presentan similitud estructural respecto de las excusas legales absolutorias, puesto que se ubican sistemáticamente en la esfera de la punibilidad; sin embargo en lo que respecta a las condiciones de procedibilidad, el antagonismo se extiende también a la ubicación, al punto de encontrarse en áreas diversas del Derecho. Más allá de lo anterior, las diferencias que median entre las instituciones en estudio merecen una clara definición, la que se sustenta en el estudio de la doctrina extranjera.

#### **3.1. Excusas Legales Absolutorias**

En la doctrina alemana, las auténticas condiciones objetivas de punibilidad se encuentran estrechamente vinculadas a las denominadas “*causas de exclusión de la pena*”<sup>77</sup>, ambas se enmarcan en la categoría de “*otros presupuestos de punibilidad*”, que además de los requisitos de acción típica, antijurídica y culpable, son necesarios para desencadenar la punibilidad. Las causas de exclusión de la punibilidad “*son aquellas circunstancias cuya concurrencia excluye la punibilidad o cuya no concurrencia es presupuesto de la punibilidad*”, dentro de ella se subdistingue entre: causas personales de exclusión de la punibilidad, causas materiales de exclusión de la punibilidad y causas supresión de la punibilidad. En las *causas personales de exclusión de la punibilidad* -que son de nuestro interés-,

---

<sup>76</sup> Labatut Glenda, Gustavo. *Derecho Penal*. Parte General, Tomo I. (Santiago: Ed. Jdca. De Chile, 1976): p. 86.

<sup>77</sup> Roxin. *Op. cit.* p. 195.

la exclusión de la pena no afecta a todos los intervinientes, sino sólo a aquél en que concurra el elemento excluyente de la punibilidad, se cita como ejemplo la indemnidad parlamentaria.<sup>78</sup> En este caso y en la de las condiciones objetivas de punibilidad la idea rectora es la misma: el hecho en sí mismo habría sido merecedor de pena de no mediar alguna de esas circunstancias.

En nuestro país Cousiño Mac Iver ha puesto el acento en el desarrollo de esta materia por parte de la doctrina alemana, al señalar que:

“A partir de Beling, es frecuente que se trate paralelamente de las condiciones objetivas como condiciones de punibilidad positivas, mientras que se asigne a las causas personales de impunidad, el rol de condiciones de punibilidad negativas. En efecto, en ambos casos se encuentran en la base común un hecho delictual y una condición. La diferencia está en cómo opera la eventualidad: en el primer caso, como un momento positivo para hacer efectiva la sanción; en el segundo, como un momento negativo para eliminar la eventual responsabilidad. El cumplimiento de la condición trae aparejado el castigo por el hecho típico, antijurídico y culpable, en la hipótesis de las condiciones objetivas de punibilidad; la ausencia de la condición personal de impunidad trae aparejado el castigo por el hecho típico, antijurídico y culpable, en la hipótesis de las excusas legales absolutorias.

“Welzel expresa que “las causas personales de exclusión de la pena son condiciones objetivas de punibilidad configuradas negativamente; ellas excluyen la punición, establecida como regla general, respecto de determinadas personas, por ejemplo, antes para el soberano, hoy día para los diputados (Indemnität) y para la extraterritorialidad (...)”<sup>79</sup>

La ciencia penal italiana también advierte la vinculación entre ambas instituciones, se habla de “*causas de no punibilidad*” o “*causas personales de exención de la pena*” -dentro de las que se incluyen las inmunidades penales y la ausencia de imputabilidad- para definir a aquellas que “*sin impedir la existencia del delito, hacen que no surja de éste el efecto que ordinariamente se deriva de él: la aplicabilidad de la pena*”. Normalmente la violación de la ley y la ausencia de causas personales de exención de la pena son suficientes para el nacimiento de la punibilidad, sin embargo en algunos casos no bastan, porque la ley subordina la punibilidad a un acontecimiento extrínseco al hecho delictivo, en estos casos se presentan las condiciones objetivas de punibilidad.<sup>80</sup>

En la doctrina española se utiliza la expresión “*excusas absolutorias*”, que conjuntamente con las condiciones objetivas de punibilidad son englobados bajo la expresión común del requisito de *punibilidad*, en que aquéllas aparecerían como

---

<sup>78</sup> *ib.*, p. 971.

<sup>79</sup> Cousiño Mac Iver. *Op. cit.* p. 633.

<sup>80</sup> Antolisei. *Op. cit.* p. 532.

circunstancias de carácter personal y éstas objetivas en relación a la imposición o medida de la pena. En ese país el profesor Bustos Ramírez ha distinguido entre **las excusas legales absolutorias** que *“son circunstancias personales que, por estrictas razones de utilidad en relación a la protección del bien jurídico, excluyen la imposición de la pena”* y **las condiciones objetivas de punibilidad** *“son circunstancias objetivas que por razones de estricta utilidad en relación al bien jurídico protegido condicionan la imposición de la pena o la extensión de la misma”*. Asimismo el autor ha destacado su diverso efecto sobre la pena: *“Mientras las excusas legales absolutorias tienen un carácter negativo, excluyen la pena, éstas tienen un carácter positivo, condicionan la pena o su medida; si bien ambas en definitiva pueden tener el mismo efecto, ya que si no concurre una condición de punibilidad no se podrá imponer pena a ese delito por falta de necesidad de ella”*.<sup>81</sup>

Como puede apreciarse, no obstante su diversa función, entre las auténticas condiciones objetivas de punibilidad y las causas personales de exclusión de la pena existe una similitud estructural: se trata, en ambos casos, de presupuestos materiales de la punibilidad que se hallan situadas fuera del injusto y de la culpabilidad, pero sin lugar a dudas de enmarcan dentro de la teoría del delito. El autor recién citado ha dicho de ambas instituciones que *“En todo caso, (...) en verdad estas circunstancias no dicen relación con el merecimiento de pena, ya que el hecho es ya típico y antijurídico, sino con la necesidad de pena en razón de la consideración estrictamente político-criminal de determinadas circunstancias ligadas al injusto, en un caso en referencia la sujeto activo y en otras a la situación misma sobre la que se erige el injusto”*<sup>82</sup>. Fuera de la necesidad y merecimiento de pena, podemos extraer de aquí una diferencia, no explicitada del todo por el autor, ésta dice relación con el sujeto de la acción: la presencia de las excusas legales absolutorias produce efectos eximentes únicamente en aquellos intervinientes que reúnan las cualidades legalmente requeridas para la exclusión de la pena; en cambio, la no concurrencia de una condición objetiva de punibilidad supone la exención de pena para todos los sujetos.

Entonces las causas personales de exclusión de la pena constituyen la contrapartida de las condiciones objetivas de punibilidad; en las primeras el hecho típico es generalmente punible, salvo en aquellos supuestos especiales en que

---

<sup>81</sup> Bustos Ramírez, Juan. *Derecho Penal*. Parte General, Tomo I. (Perú: Ara Editores, 2004): p. 1019

<sup>82</sup> Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Ariel, Barcelona 1989.



determinadas personas quedan excluidas del castigo penal; por el contrario, en los segundos sucede que el hecho típico no es generalmente punible para nadie, excepto en el caso de que concurra la condición objetiva de punibilidad. A diferencia de las condiciones objetivas de punibilidad, que permiten fundamentar la punibilidad de un hecho en si mismo merecedor de la pena, las causas personales de exclusión de la pena producen el efecto inverso de “impedir” la imposición de la pena a una persona concreta por un hecho típico, antijurídico, culpable e incluso generalmente punible. Corrobora estas ideas el profesor Cury, quien al respecto ha afirmado:

*“Conviene distinguir, desde luego, las condiciones objetivas de punibilidad de las excusas legales absolutorias. Estas últimas son situaciones cuya concurrencia excluye la punibilidad de una conducta típica, antijurídica y culpable, en virtud del perdón que el legislador otorga al sujeto por razones de política criminal; su diferencia con aquéllas es evidente. Si se cumple una condición objetiva de punibilidad, el agente será castigado, siempre que, por supuesto, haya obrado antijurídica y culpablemente; por la inversa, cuando se dan los presupuestos de una excusa legal absolutoria, el autor resta impune, aunque su comportamiento antijurídico y culpable se adecue al tipo penal.”*<sup>83</sup>

Aparentemente contradictoria con la caracterización propuesta, aparece la postura de Vivian Bullemore, quien ve a las condiciones objetivas de punibilidad desde la misma óptica que a las llamadas excusas absolutorias, es decir, las formula en clave negativa. Señala en uno y otro caso que no obstante “existir un delito” o que estar “completamente verificado”, en un caso el legislador no lo castiga, basado en razones de política criminal, y en el segundo tampoco se sanciona “por no haberse configurado la condición objetiva de punibilidad establecida por el legislador para punir ese delito”. En su opinión ni las excusas legales absolutorias ni las condiciones objetivas de punibilidad, extinguen la responsabilidad penal, sino que sencillamente no permiten que la misma nazca.<sup>84</sup> A nuestro juicio, al igual que en las excusas legales absolutorias, en las condiciones objetivas de punibilidad nos encontramos frente a razones de política criminal, por lo que desde ese punto de vista la tesis del profesor Bullemore no permite avizorar ningún elemento que justifique su diferenciación, salvo el enfoque negativo de las mismas. Entonces, aplicando la fórmula de Bullemore, resulta que: cumpliéndose determinada condición establecida por el legislador (excusa legal absolutoria o condición objetiva de punibilidad), el delito es castigado; por el contrario, si no se cumple la condición, no obstante estar verificado el delito, el

---

<sup>83</sup> Cury. *Op. cit.* p. 342.

<sup>84</sup> Bullemore, Vivian y Mackinnon, John. *Curso de Derecho Penal. Parte General.* (Santiago: Lexis Nexis, 2005): p. 174

autor no se exime de responsabilidad, sino que ésta ni siquiera nace.

En síntesis, si formulamos ambas instituciones en clave negativa, la única diferencia que nos queda dice relación con la forma en que afecta al sujeto de la acción. Decíamos que las excusas legales absolutorias producen efectos eximentes sólo en aquellos intervinientes que reúnan las cualidades exigidas por ley para la exclusión de la pena; en cambio, la no concurrencia de una condición objetiva de punibilidad supone la exención de pena para todos los sujetos. La pregunta que surge en este punto es ¿pueden ser coincidentes una condición objetiva de punibilidad con una excusa legal absolutoria? La primera respuesta es que en nuestro derecho no hay tal coincidencia, debido a que no se plantea ninguna circunstancia relativa al sujeto como condición objetiva de punibilidad, quizá la más aproximada sea la del abandono de parientes enfermos del artículo 352 C. P., sin embargo, en esa hipótesis legal la condición no dice relación con el sujeto, sino que con el resultado de lesiones o muerte, y en ningún caso el parentesco es constitutivo de excusa legal absolutoria para ese delito. No obstante lo anterior, nada obsta a que en teoría se plantee el caso de una condición objetiva de punibilidad, que diga relación con el carácter del sujeto de la acción, y que a la vez lo exima de responsabilidad penal, como por ejemplo si se estableciera: el castigo de la conducta X, con una determinada pena, siempre que el sujeto de la acción (B) no fuera pariente de la víctima (A).

Finalmente, en cuanto a las condiciones objetivas de punibilidad impropias, siendo éstas en rigor elementos del injusto, ajenas a la culpabilidad del autor, presentan mayores divergencias respecto de las causas personales de exclusión de la pena, semejante a la existente entre los elementos del injusto y las excusas legales absolutorias, que no serán objeto de estudio porque exceden los márgenes del presente trabajo.

### **3.2. Condiciones de Procesabilidad**

La polémica distinción entre condiciones objetivas de punibilidad y las condiciones o presupuestos de procedibilidad es idéntica a la que suscita la delimitación entre el derecho material respecto del derecho procesal, y la atribución de un elemento a uno u otro sector del Derecho es de vital importancia, puesto que esto repercute en el diferente tratamiento en el proceso penal. En efecto, Roxin ha planteado múltiples consecuencias que se producen en el sistema alemán, a modo de ejemplo destacamos que: *“Si falta un presupuesto*

*jurídico material de la punibilidad, procede la absolución; mientras que la falta de un presupuesto de procedibilidad da lugar al sobreseimiento o archivo. Una sentencia absolutoria alcanza firmeza sin limitación; pero la firmeza de un auto de sobreseimiento es a veces limitada (...)*.. Sin embargo conviene dejar establecido que tales efectos son explícitos en el ordenamiento penal alemán, no así en las restantes legislaciones.

Otra cuestión es saber qué pasa en caso de dudas sobre la ubicación de un elemento, si corresponde al derecho material o procesal, y a fin de despejar esta interrogante el autor nos da los siguientes criterios:

a) La orientación del Derecho material al “merecimiento del mal de la pena”. De acuerdo con Beling: “una duda en cuanto a si está ante una norma jurídica de Derecho penal o de Derecho procesal penal, deberá resolverse en el primer sentido si la circunstancia que condiciona la respectiva consecuencia jurídica se sitúa en el ámbito de la idea del merecimiento del mal de la pena; y en el segundo sentido si la circunstancia condicionante está configurada de tal modo que no se ajusta tanto a la idea de pena, sino que más bien está en relación con el si y el cómo de la actividad procesal”. Se cita como ejemplo de condición de procedibilidad a la querella.

b) La supresión mental del proceso penal como criterio de delimitación entre Derecho material y formal. Esta teoría es defendida por Kaufmann, quien formula una “pregunta test”, cuya respuesta va a decidir sobre la pertenencia de un elemento al Derecho material o formal: “¿Debería depender la imposición o no imposición de la pena, si fuera posible sin un proceso, de esa circunstancia de naturaleza jurídica dudosa, o en tal caso sería irrelevante esa circunstancia?”. El problema de esta teoría, a juicio de Roxin, es que amplía excesivamente el alcance del Derecho penal material, al punto de incluir en ellos a: la querella, la prescripción, la amnistía, el indulto, entre otros. Si la querella fuera un presupuesto de la punibilidad, “entonces la punibilidad ya no tendría que estar legalmente determinada en el momento del hecho, sino que dependería de circunstancias que se producen después del hecho, y que se basan en una decisión al arbitrio de los particulares (...)”

c) La conexión inmediata con el hecho como criterio de pertenencia al derecho material. Se trata de una posición intermedia fundada por Gallas y Schmidhäuser, según la cual “la adscripción de un elemento al Derecho material no depende de que esté desligado del proceso, ni tampoco con su conexión con la culpabilidad, sino de su vinculación con el acontecer del hecho”. En base a esta teoría resulta que la apertura del procedimiento concursal es condición objetiva de punibilidad porque esta circunstancia pertenece “al complejo del hecho y a su enjuiciamiento desde el punto de vista jurídicopenal”; por el contrario, la querella es presupuesto de procedibilidad, ya que se trata de un suceso “situado totalmente fuera de lo que sucede en el hecho”<sup>85</sup>

Martínez Pérez, estima que la tesis más esclarecedora es la postulada por Schmidhäuser, quien sostiene que la condición objetiva de punibilidad tiene que

---

<sup>85</sup> Roxin. *Op. cit.* p. 984 y ss.

concurrir en inmediata conexión con el hecho injusto, con el acontecer fáctico, cuya ausencia llevará aparejada como consecuencia la impunidad del autor, en cambio, los presupuestos procesales constituyen elementos que se hallan al margen de ese acontecer fáctico y que hacen depender la persecución penal de elementos relacionados exclusivamente con el proceso.<sup>86</sup> En la misma línea de pensamiento, Jeschek estima que en las condiciones objetivas de punibilidad se expresa el especial grado de menoscabo del orden jurídico previsto por el legislador, mientras que los presupuestos procesales toman en consideración sólo razones de conveniencia que se oponen a la verificación de un proceso penal.<sup>87</sup>

En las condiciones de perseguibilidad, no se produce una inmediata vinculación con el hecho injusto y, si bien se fundamentan en consideraciones político-criminales, su verificación no reviste una mayor dosis de contrariedad del orden jurídico, siendo su finalidad utilitaria, toda vez que hacen necesaria la persecución procesal de una conducta delictiva que ya se ha estimado oportuna atendidos los fines y funciones del Derecho Penal. En cuanto a las condiciones objetivas de punibilidad, debemos dejar establecido que las llamadas “impropias”, siendo entendidas como elementos del tipo, presenta claros signos distintivos respecto de las condiciones de procedibilidad, siendo irrelevante su estudio; sin embargo, sí resulta interesante desde el punto de vista metodológico abordar la diferencia en relación con la categoría de las llamadas “propias”, puesto que es en este punto donde se plantean mayores dificultades al momento de deslindar tales instituciones, ya que ambas encuentran similar fundamento en razones de política criminal, a la vez que presuponen un comportamiento antijurídico y culpable.

La doctrina penal española acepta que, si bien las condiciones de punibilidad no son parte integrante de la acción delictiva, poseen carácter jurídico-material por cuanto afectan a la existencia material del delito, por lo que se inscriben en las normas del Derecho Penal. A diferencia de las condiciones objetivas de punibilidad propias, los requisitos de procedibilidad no inciden en la punibilidad del delito y sólo conciernen a la admisibilidad de su persecución penal, en consecuencia, son condiciones de carácter jurídico-formales que se basan en razones estrictamente procesales, que se inscriben en las normas del Derecho procesal, que no atañen ni al concepto de delito ni al Derecho Penal puesto que presumen ya la existencia de un hecho delictivo.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> *Op. cit.* p. 100.

<sup>87</sup> Cit. por Martínez Pérez, *op. cit.* p. 102

<sup>88</sup> En similares términos lo ha planteado Martínez Pérez, *op. cit.* p. 96.

En la doctrina italiana, el asunto se encuentra matizado por la categorización de condiciones “extrínsecas” de punibilidad y por la incidencia que en el tema posee la existencia de una configuración legal de las condiciones objetivas de punibilidad en el artículo 44 del Código Penal italiano. De ahí que se rechace por algunos la operatividad de las condiciones objetivas de punibilidad como categoría dogmática autónoma, por entender que debe ser reconocida en el ámbito de los presupuestos procesales; sin embargo cierto sector doctrinario considera que las condiciones jurídicas de punibilidad no son actos jurídicos como las condiciones de perseguibilidad, sino que se trata de hechos jurídicos que no afectan al proceso.<sup>89</sup>

En Chile, Etcheberry ha dicho que el concepto de condiciones objetivas de punibilidad se refiere a *“aquellas circunstancias que no forman parte de la acción del hechor y no necesitan estar cubiertas por su dolo, pero cuya concurrencia es indispensable para que se pueda imponer la pena. Son por lo general exigencias previas de carácter procesal, por lo que es frecuente que sea difícil distinguir las de los llamados requisitos de procesabilidad”*.<sup>90</sup> Cousiño Mac Iver, por su parte, señala que se tratan conjuntamente con las condiciones objetivas de punibilidad a los llamados presupuestos de procesabilidad, se manifiesta de acuerdo con la opinión sustentada por Welzel en el sentido *“que pertenecen al derecho procesal y no al penal, aún cuando a veces están reglamentados por el Código Penal”*, aunque menciona ciertos ejemplos de condiciones extrínsecas, que ciertamente son coincidentes con determinados actos procesales, no aporta mayores elementos que contribuyan a la distinción entre una y otra institución.<sup>91</sup> Cury es más categórico y al distinguir los obstáculos procesales o condiciones de procesabilidad de las condiciones objetivas de punibilidad, dice de los primeros que *“son requisitos de los cuales depende no la punibilidad del delito, sino el ejercicio de la pretensión punitiva. A este grupo pertenece, característicamente, la declaratoria de quiebra en los delitos de quiebra fraudulenta”*.<sup>92</sup> Novoa Monreal, también distingue claramente a las condiciones objetiva de punibilidad de los requisitos de procesabilidad poniendo el énfasis en los efectos: *“Un presupuesto de procesabilidad es un requisito que, si falta, puede subsanarse, lo que permita que a posteriori pueda entablarse la acción; en cambio, la ausencia de una*

---

<sup>89</sup> Martínez Pérez, *op. cit.* p. 99, cita a Delitala.

<sup>90</sup> Etcheberry, Alfredo. *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*. Tomo IV. (Santiago: Ed. Jdca. de Chile, 1987): p. 110.

<sup>91</sup> Cita el autor, en *op. cit.* p. 630, como casos de condiciones extrínsecas: la declaración de estado de falencia, el protesto en el fraude cometido con cheques sin fondos o formas análogas, la querrela de las personas que señala la ley, en los casos de calumnia e injuria, por una parte, y por otra, en los delitos de estupro, violación y rapto.

<sup>92</sup> Cury. *Op. cit.* p. 342

*condición de punibilidad impide que el delito pueda ser sancionado, ni aún como mera tentativa.*<sup>93</sup> Por lo visto, la doctrina nacional en general, hace la distinción entre ambas instituciones resaltando sus diversos efectos, aunque cierto sector tiende a confundirlas en los mismos casos que resultan controvertidos en el derecho comparado, en particular en lo que dice relación con la declaratoria de quiebra, en los delitos de quiebra fraudulenta y culpable, lo que será abordado en el estudio de las condiciones objetivas de punibilidad contenidas en ciertos casos típicos y al tratar los casos dudosos en el capítulo V de este trabajo.

Luego de repasar someramente las teorías relativas a la diferenciación entre condiciones objetivas de punibilidad y requisitos de procedibilidad, intentamos aplicar la fórmula propuesta por la doctrina alemana para efectos de resolver de manera lógica las dudas que se plantean en ciertas figuras típicas, así por ejemplo, es condición objetiva de punibilidad: la *sentencia que declara la quiebra*, de conformidad a lo establecido en el Art. 222 Ley de Quiebras, porque lo que hace la sentencia es dar un término o conclusión a la conducta, cerrar o fijar un ciclo de insolvencia de tal manera que en ese sentido se encuentra en inmediata conexión con el hecho injusto y si bien es un acto proveniente del tribunal, éste pone de manifiesto la contrariedad en que ha incurrido el autor de las conductas estimadas como constitutivas de quiebra fraudulenta y culpable, lo mismo es aplicable al caso del *protesto* en el delito de giro doloso de cheques del Art. 22 Ley Cuentas Corrientes Bancarias y Cheque. En cambio, son requisitos o condiciones de procedibilidad: la *denuncia* del ofendido en los casos de estupro, violación y raptó del Art. 369 C. P., la *querrela* para perseguir los delitos de calumnia e injuria del Art. 428 C. P., porque en ambas condiciones no se puede estimar que haya vinculación alguna con el hecho injusto, está fuera de éste y su verificación no lleva implícita ninguna contrariedad al orden jurídico, es un requisito que el legislador ha estimado conveniente incluir por razones de utilidad en atención a la titularidad de la acción y al interés particular, por sobre el interés del Estado, que no se refieren ni al hecho ni a su punibilidad, sino que al ejercicio de la acción penal.

Finalmente, la diferenciación entre condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos de procesabilidad es importante desde un punto de vista práctico, por los diversos efectos jurídicos que conlleva. Es así que, en caso de ausencia de una condición objetiva de punibilidad, el tribunal deberá pronunciarse sobre el fondo del asunto, procediendo a la absolución del sujeto por no existir un hecho

---

<sup>93</sup> Novoa Monreal. *Op. cit.* p. 338

delictivo, o en su caso no se producirá la agravación de la pena; en cambio, en el caso que no se cumpla un requisito de procedibilidad, el juez no iniciará el proceso, o habiéndose desencadenado, se paralizará sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, en consecuencia, aunque la acción siga siendo punible, no llegará a la etapa de juzgamiento, sin embargo si la condición de procedibilidad se verifica con posterioridad, es factible la persecución penal.

## CAPITULO IV

### Tratamiento

La tarea que corresponde abordar dice relación con los efectos producidos por las condiciones objetivas de punibilidad en relación con otras instituciones, en particular su incidencia en la consumación del delito, en las formas imperfectas de ejecución, en la participación y su relevancia en materia de prescripción.

#### **1. Condiciones Objetivas de Punibilidad y Consumación de la Figura Penal.**

La consumación del delito en su dimensión técnico-jurídica, tiene lugar cuando se realizan todas las características del tipo, según Etcheberry, el delito consumado “corresponde a la plena y total realización de la descripción legal de cada figura delictiva”.<sup>94</sup> La consumación de la figura delictiva se produce con independencia de la condición objetiva de punibilidad, aunque lógicamente el hecho no pueda ser castigado hasta que ésta se haya verificado.

Una parte de la doctrina sostiene la tesis según la cual la consumación depende de la verificación de la condición de punibilidad -en aquellos casos que el legislador contempla tal condición- sobre la base de que la perfección del delito exige el cumplimiento de todos sus elementos y en concreto, la concurrencia de la condición objetiva de punibilidad, la cual contribuye a la vulneración del bien jurídico protegido. Sin embargo, esta concepción ha sido impugnada, abriendo paso a la opinión que estima que las condiciones objetivas de punibilidad carecen de relevancia para la consumación del delito, siendo la tesis que mejor se adecua al concepto, fundamento y naturaleza de las genuinas condiciones objetivas de punibilidad.

Esta divergencia de opiniones ha sido puesta de manifiesto por Muñoz Conde, quien sostiene que *“algunos autores consideran, por ej., que en los delitos con condiciones objetivas de punibilidad, la consumación no se produce hasta que no se cumple la condición. Sin embargo, si se atienden a que la consumación es un problema que afecta a la tipicidad, la no verificación de un elemento extratípico*

---

<sup>94</sup> Etcheberry, D. P., Tomo II, p. 67.



*no debe afectar a la consumación*".<sup>95</sup> En el mismo sentido se pronuncia en nuestro país Novoa Monreal al decir: "*Cuando una condición objetiva de punibilidad acompaña al tipo, la consumación no requiere que ella esté cumplida. La concurrencia de una condición de esa clase sólo es necesaria para la aplicación de la pena*".<sup>96</sup>

La consumación del delito va referida al comportamiento prohibido por la ley y se satisface con la realización de todos los elementos del tipo, con lo cual se materializa la vulneración del bien jurídico protegido. En cambio, las auténticas condiciones objetivas de punibilidad se hallan al margen de merecimiento de pena dejando intacto el contenido de antijuricidad del hecho y se encuentran desvinculadas de la culpabilidad del autor. Por tanto, no inciden en la violación del objeto jurídico tutelado por la norma en la que se hallan incluidas, sino que se fundamentan en consideraciones político-criminales que, si bien denotan una más grave perturbación del orden jurídico, no afectan a la gravedad del hecho injusto. En consecuencia, la consumación de una figura penal y las condiciones objetivas de punibilidad, no tienen por qué coincidir, resulta perfectamente posible que la condición de punibilidad se verifique con posterioridad a la consumación del hecho delictivo e incluso que tenga lugar con anterioridad a la misma, como sucede en los supuestos de los delitos de quiebra fraudulenta o culpable, que en las legislaciones penales en general admiten la declaración de quiebra como condición objetiva de punibilidad, anterior a la ejecución de las conductas constitutivas del delito de quiebra.

## **2. La participación, determinación del lugar y tiempo de comisión del delito.**

Las condiciones objetivas de punibilidad no inciden en la consumación, puesto que se hallan al margen del tipo, de tal suerte que, la consumación determina la imposibilidad de participar en el delito, aunque el elemento condicionante todavía no se haya materializado en las hipótesis construidas con la presencia de condiciones objetivas de punibilidad. Asimismo, carecerá de trascendencia la verificación de las mismas en orden a la determinación del lugar y tiempo de comisión del delito, es decir, en los tipos delictivos que contienen condiciones de punibilidad, el lugar y el momento del delito vendrán representados por el lugar y el instante en que se ejecutó el hecho delictivo: dónde y cuándo se desarrolló la actividad o, en su caso, se produjo el resultado.

---

<sup>95</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal*. Parte General. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998): p. 459.

<sup>96</sup> Novoa Monreal. *Op. cit.* p. 122.

En cuanto a las condiciones objetivas de punibilidad impropias, concebidas como elementos que contribuyen a determinar el contenido de injusto del hecho, parece claro que la presencia de los mismos resulta necesaria para que se produzca la consumación del delito, y en consecuencia, posea relevancia en cuanto a la determinación del lugar y tiempo de comisión del delito. Así ocurría en el antiguo texto positivo español en la hipótesis de homicidio en riña tumultuaria, contemplada en el art. 408, disposición que actualmente se encuentra derogada.

### **3. Condiciones Objetivas de Punibilidad y Formas Imperfectas de Ejecución.**

La pregunta que surge en esta materia es si ¿son admisibles las formas imperfectas de ejecución en aquellas figuras delictivas que incorporan condiciones objetivas de punibilidad?

En la doctrina española la respuesta ha sido negativa, declarándose que los delitos cuya punición se subordina a la presencia de las citadas condiciones sólo son punibles en el caso de que hayan sido consumadas, en consecuencia, la presencia de condiciones objetivas de punibilidad impide apreciar las formas imperfectas de ejecución, y la razón se encuentra en la idea de si el cumplimiento de la condición es requisito imprescindible para la sanción del hecho consumado, con mayor razón la realización de formas imperfectas exigirá, para su castigo efectivo la verificación de la condición objetiva de punibilidad. Es decir, en tanto la condición objetiva de punibilidad no se produzca, en modo alguno podrá pensarse en la posibilidad de castigar el hecho a título de tentativa o frustración, porque la conducta nunca puede ser punible hasta que se cumpla la condición objetiva.

De un lado, la condición de punibilidad se caracteriza por su ajenidad a la culpabilidad, de tal suerte, que en razón de su carácter objetivo, no se pueden conciliar con el elemento subjetivo del injusto de la tentativa y la frustración. Por otra parte, estas formas imperfectas presuponen la realización de todos o parte de los “actos de ejecución” que debieran producir “la consumación del delito”, pero sin que ésta haya tenido lugar, bien porque el resultado delictivo no se ha producido, o bien porque no se ha completado la ejecución; en tanto que las condiciones objetivas de punibilidad, siendo ajenas al injusto, no representan un elemento necesario para completar la ejecución, con lo que, no se toman en consideración a efectos de la consumación del delito.

No obstante la negativa generalizada, en la doctrina italiana se ha abierto la posibilidad de aceptar las formas imperfectas de ejecución en aquellas hipótesis en las que la condición objetiva de punibilidad pueda verificarse con anterioridad a la realización de la conducta por parte del autor. A juicio de Martínez Pérez, *“ningún obstáculo puede oponerse a la viabilidad de las formas imperfectas de ejecución, en casos como el que se acaba de mencionar, siempre que se admita la existencia de condiciones objetivas de punibilidad anteriores a la perpetración del hecho delictivo. Conviene también observar que la doctrina italiana dominante no niega en tales supuestos la operatividad de las formas imperfectas de ejecución, sino que, lo que rechaza es que el elemento condicionante anterior pueda ser técnicamente calificado como una condición objetiva de punibilidad de las que se regulan en el artículo 44 del Código penal italiano.”*<sup>97</sup>

La cuestión radica en determinar en qué momento se entiende cumplida la condición objetiva de punibilidad: en el caso de que la condición objetiva de punibilidad únicamente pueda ser cumplida después de la ejecución del hecho delictivo, las formas imperfectas son conceptualmente inviables. A partir de esta hipótesis pueden ocurrir dos cosas: o la condición no se cumple, en cuyo caso la conducta merecedora de pena no se sanciona porque no ocurre la necesidad de pena; o la condición se cumple y entonces el comportamiento se castiga como hecho consumado.

En la tesis que circunscribe la operatividad de las condiciones objetivas de punibilidad a acontecimientos futuros e inciertos, se presume la presencia de un hecho injusto consumado, resulta coherente afirmar que: *no son factibles las formas imperfectas de ejecución en las figuras delictivas que contienen condiciones de esta índole*; en cambio, para quienes rechacen que las condiciones objetivas de punibilidad deban limitarse a sucesos futuros e inciertos, *la tentativa y la frustración serán perfectamente imaginables*, no sólo en el supuesto antes comentado, de que la condición sea anterior a la ejecución del hecho delictivo, sino también en todos aquellos casos en los que la estructura de los tipos permita que la condición pueda verificarse aún cuando la conducta típica no se haya perfeccionado. Esta última nos parece la postura más apropiada, de acuerdo con el esquema general que propusimos al tratar los criterios de individualización, en el capítulo II.

Finalmente, las formas imperfectas de ejecución no son concebibles en los

---

<sup>97</sup> *Op. cit.* p. 133

delitos que se constituyen bajo el supuesto de las condiciones objetivas de punibilidad *impropias*, atendido que la aceptación esa categoría va referida a elementos que contribuyen a determinar el contenido de injusto del hecho, aunque formalmente se hallen desvinculadas de él, en consecuencia, hasta que la condición objetiva no se cumpla, el hecho no puede ser castigado conforme a la norma; una vez cumplida la condición, la conducta se sancionará como hecho consumado con la penalidad establecida.

#### 4. Prescripción

En esta materia la cuestión radica en saber si en las figuras delictivas cuya punibilidad se subordina al cumplimiento de una condición objetiva el término de la prescripción comienza a correr desde el día en que se realiza el tipo o desde el momento en que se produce la condición de punibilidad.

En la doctrina italiana no hay discusión al respecto, puesto que el legislador resolvió el problema inclinándose por la segunda alternativa propuesta. El inciso primero del párrafo segundo del artículo 158 del Código Penal italiano dispone que “cuando la ley hace depender la punibilidad del delito de la verificación de una condición, el término de la prescripción comenzará a correr el día en el que la condición se ha verificado”.

En el Derecho positivo alemán la regla general referente al comienzo de la prescripción se halla contenida en el parágrafo 78 a) STGB, que preceptúa: “La prescripción inicia tan pronto como esté terminado el hecho. Si se produce posteriormente un resultado que pertenece al tipo penal, la prescripción comenzará en ese momento.” La doctrina alemana entiende que, en las figuras delictivas que incorporan condiciones objetivas de punibilidad, el plazo de la prescripción comienza a correr con el cumplimiento de la condición, si el delito ha terminado antes, porque desde ese instante concurren todos los presupuestos jurídico-materiales de la punibilidad y sólo a partir de ese momento existe la posibilidad de persecución penal. Si el hecho se ejecuta después de la condición, el término de prescripción comenzará a correr desde la terminación del hecho. En ese sentido Roxin ha manifestado que “(...) *la condición objetiva de punibilidad también es totalmente irrelevante en cuanto al momento y lugar del delito.*”<sup>98</sup>

En España la doctrina se encuentra dividida respecto a este tema. Por un

---

<sup>98</sup> *Op. cit.* p. 980.

lado, se considera que la prescripción deberá empezar “a contarse a partir del momento en que se realiza la condición”; por el contrario, hay quienes se apoyan en lo que dispone la norma general relativa al cómputo de la prescripción contenida en el párrafo primero del antiguo artículo 114 del Código Penal español, recogida actualmente en el art. 132, que declara que el término de la prescripción se computará “desde el día en que se haya cometido la infracción punible”; dándole una interpretación correcta al precepto, sitúan el comienzo de la prescripción en el día de la consumación del delito, y en su caso, en el momento en que se cometió el acto que supuso la *frustración* y en el instante en que se realizó el último de los actos que configuran la tentativa.<sup>99</sup>

En Chile, art. 95 prescribe que “El término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito”, con lo cual queda establecido que el cómputo comienza a correr el día de la consumación del delito, con independencia de la verificación de la condición objetiva de punibilidad. En tal sentido se ha inclinado Eduardo Novoa Monreal “(...) la acción penal por el delito prescribirá desde que se realizó la conducta y el tiempo y lugar del delito se determinarán en relación con ésta, prescindiendo de la condición objetiva de punibilidad”<sup>100</sup>

Aquellas conductas delictivas que se supeditan a la presencia de condiciones objetivas de punibilidad *propias*, la consumación o ejecución del hecho tienen lugar con independencia de la concurrencia de la condición; de manera tal que en los casos en que la condición sea posterior a la realización del tipo, el delito ha de entenderse “cometido” en el momento de dicha realización, sin necesidad de esperar a que se cumpla la condición objetiva. En consecuencia, tampoco habrá que esperar en este supuesto a que se verifique la condición de punibilidad para que comience a correr el término de la prescripción.

Se ha planteado como crítica a lo recientemente expuesto, que la prescripción comenzaría a correr cuando todavía no era posible el inicio de la persecución penal contra el culpable, en tal caso, se llegaría a la incongruencia de que un comportamiento merecedor de pena se considerase prescrito antes de que concurriera la necesidad de pena, y por lo tanto, antes de que fuese punible, lo que no parece aconsejable puesto que dejaría en el terreno de la impunidad la ejecución a conductas que reúnen todos los presupuestos necesarios para su

---

<sup>99</sup> Martínez Pérez cita como representantes de ambas tesis a Jiménez de Asúa y Mir Puig, respectivamente. *Op. cit.* p. 136 y ss.

<sup>100</sup> Novoa Monreal. *Op. cit.* p. 337.

punibilidad.<sup>101</sup>

La trascendencia del asunto radica en saber si en la hipótesis de condiciones objetivas de punibilidad posteriores a la realización del hecho delictivo, el inicio del plazo de la prescripción debiera retrasarse hasta que la condición se cumpla. Al respecto, se ha planteado como solución en los delitos en que se exige la presencia de condiciones objetivas de punibilidad propias, la idea que la pena de la conducta antijurídica y culpable queda temporalmente excluida hasta que la condición se verifique, lo que no obsta a que, en tanto esa verificación no se produzca, entre en juego la prescripción, que extinguirá definitivamente la responsabilidad criminal. No estamos de acuerdo con esta tesis. La consumación del delito fija la época en que se inicia el cómputo de la prescripción, siendo así, el cómputo debiera fijarse en la fecha en que se efectuó el último de los hechos constitutivos del ilícito, y no al momento del cumplimiento de la condición objetiva de punibilidad, sin embargo lo que existe es una razón de política criminal, que justifica fijar en esta última la fecha de consumación, y es que, siendo imposible en ciertos casos establecer la fecha exacta de la consumación del delito y aún existiendo seguridad en cuanto a la fecha resulta necesario un mayor grado de contravención al orden jurídico, se establece un requisito que resulta ser objetivo y que condiciona la punibilidad del hecho, a la vez que confiere certeza jurídica, la que proviene de una sincronía en el cómputo de los plazos.

La problemática expuesta carece de sentido en lo concerniente a las llamadas condiciones de punibilidad impropias, ya que, al ser necesaria su presencia para la consumación del hecho delictivo, ninguna interrogante se abrirá en el campo de la prescripción. Por consiguiente, el momento de la consumación que presupone la realización del elemento condicionante, será siempre el instante decisivo para fijar el comienzo del término de la prescripción.

## **5. C.O.P. y Delitos Cualificados por el Resultado**

Esta clase de delitos se produce *“cuando el sujeto quiere realizar (dolosamente) una conducta delictiva determinada, y a consecuencia de ella resulta un evento distinto y más grave, que la ley carga en cuenta al hechor, aunque no lo haya previsto”*. A modo de ejemplo se mencionan: Art. 141, secuestro del que resulta grave daño; Art. 142 N° 1, sustracción de menores

---

<sup>101</sup> Así ha sido expuesto por Martínez Pérez. *Op. cit.* p. 139

durante la cual se cometen actos deshonestos con el menor; Art. 150, aplicación indebida de tormentos de la que resulta muerte o lesiones; Art. 474, incendio que provoca explosiones que causan la muerte de una persona. Sin embargo, en general la doctrina nacional entiende que no existen verdaderos delitos calificados por el resultado, porque en tales supuestos el resultado era siempre previsible, por la “potencialidad de causación” de la acción desarrollada, es decir, se trataría de casos de preterintencionalidad.<sup>102</sup>

A partir de los casos mencionados en el párrafo anterior, Etcheberry nos proporciona un elemento que desde nuestra perspectiva se constituye en el punto de comunión entre las condiciones objetivas de punibilidad y los delitos calificados por el resultado, al decir de estos últimos que, con independencia de la previsibilidad del resultado más grave, la penalidad es siempre la misma: “la ley se desentiende del factor subjetivo”<sup>103</sup>. Para Cury se trata de casos en los que se castiga la *“pura causación de un resultado, sin referirla a la finalidad; por ende, de auténtica responsabilidad objetiva, ya que a un resultado así obtenido es imposible enlazar el reproche de culpabilidad”*<sup>104</sup>. Es evidente que la similitud entre ambas instituciones se encuentra en la ajenidad a la culpabilidad, a partir de lo cual, la discusión se circunscribe en torno a la idea de si el resultado es o no una condición objetiva de punibilidad. Entendemos que las condiciones objetivas de punibilidad difieren del resultado más grave en los delitos calificados por el resultado, principalmente porque aquellas se encuentran al margen de la actividad del sujeto, no forman parte de la tipicidad, sino que condicionan la aplicabilidad de la pena.

Al respecto resulta de interés lo expuesto por Garrido Montt en relación al caso de homicidio en riña, quien descarta que el homicidio sea una condición objetiva de punibilidad o que se trate de un caso de delito calificado por el resultado, fundado en diversas consideraciones. El rechazo de la individualización como condición objetiva de punibilidad se sustenta en que “el hecho en que consiste la condición no modifica la responsabilidad del imputado”, a diferencia de lo que acontece en la especie, en que se pasa a calificar la responsabilidad, al agravar la que corresponde por las lesiones o la violencia. Por otra parte, el homicidio en riña *“no es un delito cualificado por el resultado, ya que el homicidio no es el resultado de la riña; la ley penal distingue claramente entre la riña y el delito de homicidio, sin perjuicio de que no pueda castigarse este último como tal*

---

<sup>102</sup> Etcheberry, D. P., Tomo I, p. 326.

<sup>103</sup> Etcheberry, D. P., Tomo I, p. 328.

<sup>104</sup> *Op. cit.* p. 341

*por ignorarse quien es el responsable.* Concluye el autor diciendo que “*Como esa muerte no es posible vincularla al dolo o culpa del autor de las lesiones, necesariamente debe concluirse que se trata de una responsabilidad objetiva impuesta por la ley, lo que desde todo punto de vista es criticable e inaceptable.*”<sup>105</sup> No obstante lo expuesto por este autor, estimamos que tanto el homicidio como las lesiones en riña, son condiciones objetivas de punibilidad en sentido impropio, porque constituyen un elementos objetivos que contribuyen a fundamentar el injusto de la infracción; por otra parte coincidimos con lo expuesto en torno a la idea de rechazar su reconocimiento como un caso de delito calificado por el resultado.

En el derecho comparado, la condición objetiva de punibilidad pudo ser claramente diferenciada del posterior y más grave resultado, a partir de la norma contenida en párrafo 2º del Art. 1 del Código Penal español, el que exigía que concurriera al menos culpa para que el autor respondiera de la producción del ulterior resultado más grave, lo que representaba un criterio que servía para individualizar los delitos calificados por el resultado y distinguirla asimismo de la institución de las condiciones objetivas de punibilidad, tanto con relación a las condiciones propias como con respecto a las impropias. El artículo 5 del Código Penal vigente, que recoge la norma contenida en el antiguo Art. 1º, no contempla este segundo párrafo, de lo cual podemos deducir que existe una completa desvinculación del resultado respecto del elemento subjetivo. Tal disposición no tiene parangón en el ordenamiento penal chileno, por lo cual lo predicado respecto a la antigua norma española tampoco es trasladable a la discusión en el seno de nuestro país. Asimismo, la discusión en torno a la individualización como condición objetiva de punibilidad o delitos calificados por el resultado, resulta estéril, al no existir coincidencia alguna entre las figuras que contienen condiciones objetivas de punibilidad y aquellas en que cierta parte de la doctrina ha querido ver delitos calificados por el resultado.

Finalmente, en lo que concierne a las condiciones impropias y los delitos calificados por el resultado, es posible establecer que en estos últimos el “posterior resultado más grave” constituye parte integrante de la tipicidad y se trata, por ende, de un auténtico elemento del injusto, existiendo desde esta perspectiva una evidente similitud estructural con las condiciones impropias. En cambio las condiciones objetivas de punibilidad propias se hallan fuera del injusto y de la

---

<sup>105</sup> Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III. (Santiago: Ed. Jdca. de Chile, 2002): p. 124.



culpabilidad, se trata de causas de restricción de la pena, siendo por tanto, ajenas a las calificaciones por el resultado. Sin embargo, en los delitos calificados por el resultado existe un nexo causal entre la conducta y el resultado, que no es posible apreciar en las condiciones objetivas de punibilidad.

## 6. Sanción en los Delitos Culposos.

La regla general en Chile es la impunidad del cuasidelito, como se desprende de los artículos 4 y 10 N° 13 del Código Penal. Sin embargo existen ciertos casos en que sí son penados por el legislador, mediante dos vías: a) señalando como elemento subjetivo la culpa en vez del dolo: Arts. 224 N° 1, 225, 228, 234, 329, 333 del Código Penal; y b) En el Título X del Libro II, denominado “De los cuasidelitos”, se trata la penalidad de ciertos hechos culposos, que de mediar dolo, serían crímenes o simples delitos contra las personas. En ellos *la pena se gradúa por la gravedad de los resultados*, y la intensidad de la culpa que se exige varía según los casos.

La pregunta que surge en este punto de la materia es *si el resultado en los delitos culposos debe considerarse una condición objetiva de punibilidad*. Quienes optan por la afirmativa, como Cury, parten del supuesto que en los delitos culposos el resultado es a lo sumo un *“instrumento de selección para la punibilidad” en el sentido de que, por lo general, solamente castiga aquella acción negligente que ha causado un determinado resultado*” y a su juicio, *“el resultado de los delitos culposos se comporta como una condición objetiva de punibilidad”*. Agrega a modo de justificación que *“Como en otros tipos que contienen esa clase de elementos, lo que el legislador castiga es lo injusto de la acción ejecutada, no el resultado producido”*. Entonces, las consecuencias del actuar negligente (resultado), importan sólo a efectos de condicionar su punibilidad, la que debe medirse en relación a la cantidad de negligencia de la acción, la que depende de la magnitud del peligro previsible para el autor, no del daño objetivamente causado. No se puede sostener que el injusto de los delitos culposos se agota en el disvalor de la acción negligente, con prescindencia del resultado producido, y pretender después medir la punibilidad atendiendo sólo al resultado; entenderlo así importaría convertir los delitos culposos en delitos calificados por el resultado.<sup>106</sup> Desde otro ángulo Alfredo Etcheberry, no comparte el pensamiento de Cury en orden a estimar que *“el resultado en estas infracciones es sólo una condición objetiva de punibilidad”*, califica su criterio de extremo. Sin embargo no

---

<sup>106</sup> Cury. *Op. cit.* pp. 340 y 341.

polemiza con Cousiño y Cury en cuanto a la preponderancia que atribuyen a la acción por sobre el resultado, en los delitos culposos, relegando el resultado a la categoría de “seleccionador” o “delimitador” de conductas ya disvaliosas.<sup>107</sup>

En España, Mir Puig, ha encontrado una razón que justifica esta interpretación. Se pregunta en primer lugar si acaso *¿fundamenta el resultado el injusto del hecho imprudente?* Aunque la respuesta no es categórica, a su entender es negativa, porque enfatiza que el injusto no tendría que depender de la circunstancia, a menudo fortuita, que la acción cause un resultado. Afirma que tan imprudente es la acción que causa un resultado, como la que tiene la suerte de no causarlo. Así, sostiene, que esto ha llevado a un sector de la doctrina a considerar el resultado en la imprudencia una pura condición objetiva de punibilidad -fuera por tanto, de injusto y culpabilidad-. A su juicio la causación de resultado no aumenta la gravedad de la infracción de la norma de cuidado, sin embargo eso no significa que la gravedad de la imprudencia no dependa del bien jurídico a que se refiere, en síntesis: la gravedad de la imprudencia depende del bien jurídico que se afecta, pero no de su efectiva lesión.<sup>108</sup>

Creemos que, tal como sucede en los delitos calificados por el resultado, en los delitos culposos el resultado se encuentra en inmediata conexión con el injusto de la infracción, el cual en esta clase de delitos se encuentra cuantificado por la previsibilidad de las consecuencias dañosas que su acción culposa puede ocasionar. Esto no sucede en aquellos delitos que requieren para su punibilidad de la presencia de condiciones objetivas de punibilidad, en que el injusto está desvinculado de la condición, de manera tal que la previsibilidad del elemento condicionante no influye en la medida del injusto. Por tanto, el resultado en los delitos culposos no es una condición objetiva de punibilidad, así se han pronunciado nuestros tribunales de justicia, por ejemplo: en *Contra Luis Cabezas Chávez*, el fallo afirma que en los cuasidelitos el daño producido es un elemento del tipo mismo, y debe estar contenido en la culpa, y “no es una condición objetiva de punibilidad”<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Etcheberry. D. P., Tomo I, p. 322.

<sup>108</sup> Mir Puig. *Op. cit.* p. 280 y ss.

<sup>109</sup> *Contra Luis Cabezas Chávez*. Corte de Concepción (1975), RCP XXXIV, 102., citado por Etcheberry, Alfredo. *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*, Tomo IV, p. 111.

## CAPITULO V

### **Condiciones Objetivas de Punibilidad en el Ordenamiento Penal Chileno.**

El estudio de las condiciones objetivas de punibilidad requiere necesariamente el análisis de las concretas condiciones en el ordenamiento jurídico de cada país. Tanto la doctrina comparada nos servirá de guía para descubrir las posibilidades de calificación de tales elementos como condiciones objetivas de punibilidad o determinar su identidad como requisitos de procesabilidad o como elementos del tipo. Este será el punto de partida para lograr un estudio más acabado de las condiciones objetivas de punibilidad en nuestro ordenamiento jurídico.

Teniendo en vista la dificultad que plantea la exposición de nuestra materia y su aplicación en los casos específicos en que se presentan, para el sólo efecto de ilustrar a quien consulte esta memoria, los delitos serán enunciados de manera que permitan una rápida identificación, utilizando un título breve y agregando posteriormente el texto legal expreso, lo que facilitará la aprehensión de los elementos implícitos en ellos, y consecuentemente permitirá identificar las condiciones objetivas de punibilidad que contienen tales preceptos.

#### **1. Delitos de Resultado**

Son delitos de resultado aquellos que para consumarse requieren causar un perjuicio, lo que permite afirmar que en ellos son posibles las formas imperfectas, o sea, tentativa y frustración. Dentro de esta categoría se ubican algunos delitos que además tienen supeditada su punibilidad a la presencia de ciertas condiciones objetivas, no obstante lo cual, las formas imperfectas de ejecución siguen siendo posibles, siempre que la condición sea anterior a la ejecución del hecho delictivo o la estructura del tipo permita que la condición se verifique, aunque la conducta típica no se haya perfeccionado.

##### **1.1 Correspondencia con Potencia Enemiga: La descripción legal reza:**

Art. 112. Todo individuo que hubiere mantenido con los ciudadanos o súbditos de una potencia enemiga correspondencia que, sin tener en mira alguno de los crímenes enumerados en el artículo 109, ha dado por resultado suministrar al enemigo noticias perjudiciales a la situación

militar de Chile o de sus aliados, que obran contra el enemigo común, sufrirá la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados.

En este caso la condición objetiva de punibilidad consiste precisamente en un resultado no querido por el autor, ajeno a su intencionalidad: el suministrar noticias perjudiciales a la situación militar de Chile o sus aliados.<sup>110</sup> En este delito, el resultado se estatuye como un requisito adicional que restringe la punibilidad, en razón de lo cual creemos que estamos en presencia de una condición objetiva de punibilidad propia. La razón que ha tenido en vista el legislador al establecerla es utilitaria, puesto que al tratarse precisamente de correspondencia, cuya circulación goza de las más amplias garantías, que alcanzan rango constitucional, no resulta aconsejable -ni viable en la actualidad- punir todos los casos en que un individuo mantenga correspondencia con una nación enemiga, existiendo además el inconveniente jurídico-práctico de probar, dentro de los márgenes legales, el carácter perjudicial de las noticias.

Estimamos que, no obstante tratarse de un delito de resultado y, en teoría, admitir formas imperfectas de ejecución, estas no llegarán a castigarse, ya que el resultado que condiciona la punibilidad, en este caso, debe ser posterior a la consumación.

## **1.2 Sublevación:** El Código Penal ha establecido que:

Art. 123. Los que tocaren o mandaren tocar campanas u otro instrumento cualquiera para excitar al pueblo al alzamiento y los que, con igual fin, dirigieren discursos a la muchedumbre o le repartieren impresos, si la sublevación llega a consumarse, serán castigados con la pena de reclusión menor o de extrañamiento menor en sus grados medios, a no ser que merezcan la calificación de promovedores.

Será castigada la excitación al pueblo al alzamiento, sólo si la sublevación llega a consumarse. La sublevación en sí misma, no es la conducta que el legislador ha tipificado como constitutiva de delito, sino que castiga ciertos hechos que desde ya significan una amenaza o perturbación al orden público, estos son excitar al pueblo al alzamiento, por los medios que establece la ley: el toque de campanas u otros instrumentos, dirigir discursos o repartir impresos con ese fin. Tales acciones son desde ya disvaliosas, sin que se verifique ninguna otra

---

<sup>110</sup> Cousiño Mac Iver, *op. cit.* p. 629, la califica como condición objetiva de punibilidad, exponiéndola en similares términos: "El hecho de mantener correspondencia con los ciudadanos o súbditos de una potencia enemiga -sin tener en mira la traición- no es, en principio, merecedor de pena, salvo cuando *"ha dado por resultado suministrar al enemigo noticias perjudiciales a la situación militar de Chile o a sus aliados"*

condición, sin embargo el legislador, por razones de política criminal ha creído conveniente penar esas conductas sólo en el evento que se verifique una situación de mayor gravedad: la sublevación de esa muchedumbre. La razón es simple, no parece conveniente reprimir toda excitación al pueblo al alzamiento, las que pueden ser incluso aisladas en el tiempo y en el territorio nacional, o de poca capacidad de convocatoria, de modo que no consiguen representar una amenaza al Estado de Derecho o una perturbación mayor al orden público; sin embargo, una sublevación, como el resultado de esas acciones previas de excitación al pueblo, significa una clara lesión a estos bienes jurídicos. Razonado lo anterior, no nos cabe duda que la sublevación es una genuina condición objetiva de punibilidad, al establecerse como un requisito que viene a restringir la aplicación de la pena. En sentido contrario se ha pronunciado Novoa al decir: *“Por nuestra parte, creemos que esas condiciones (se refiere a las de los Art. 393 y 407 del CP.), como asimismo la de que la sublevación llegue a consumarse que pone el artículo 123 del C. Penal, no son condiciones extrínsecas a la conducta típica, sino justamente el resultado que persiguen los autores de esos tipos, constituidos por delitos de tendencia o similares, motivo por el cual no puede afirmarse que, de producirse, sean ellas extrañas a la relación de producción prevista por el agente o previsible por él”*<sup>111</sup>. No estamos de acuerdo, creemos que se trata de una genuina condición objetiva de punibilidad, cuya función es restringir la punibilidad, estableciendo un requisito adicional para el castigo de la conducta, que es ajeno a la culpabilidad del autor y que hace necesaria la aplicación de la pena.

### **1.3 Violación de Correspondencia:** El legislador castiga:

Art. 146. El que abriere o registrare la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado medio si divulgare o se aprovechar de los secretos que ellos contienen, y en el caso contrario la de reclusión menor en su grado mínimo.

El aumento de la pena, en el caso de apertura y registro de correspondencia, se verificará *sólo si se divulgare o aprovechar de los secretos que ellos contienen*. Aunque no encontramos antecedentes en la doctrina nacional, a nuestro parecer el requisito en cuestión es una condición objetiva de punibilidad *impropia* porque se erige como un elemento del injusto que contribuye a la agravación de la pena. La acción de abrir la correspondencia de otro sin su voluntad es en si mismo merecedora de una determinada pena, pero el legislador ha querido en el caso de divulgación o aprovechamiento de los secretos contenidos en ellos, agravar esta pena en un grado, evidenciando de este modo la

---

<sup>111</sup> Novoa Monreal. *Op. cit.* p. 337.

existencia de un reproche de legalidad mayor.

**1.4 Falsificación de Instrumento Privado:** La figura penal ha sido sancionada de la siguiente manera:

Art. 197. El que, con perjuicio de tercero, cometiere en instrumento privado alguna de las falsedades designadas en el artículo 193, sufrirá las penas de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, o sólo la primera de ellas según las circunstancias.

El tipo objetivo describe el comportamiento material y prohibido, consistente en falsificar un instrumento privado no mercantil, y además requiere la norma de otro elemento para que se llegue a castigar el delito de falsificación: el perjuicio de tercero. *“Es necesario para la consumación del delito, por consiguiente, que se cause un perjuicio a una persona con la adulteración del documento, no necesariamente a la víctima, sino a cualquier tercero que lo sufra a consecuencia de la acción mañosa; por ello el legislador utilizó la palabra tercero y no la de sujeto pasivo”*.<sup>112</sup>

La existencia del perjuicio es lo que convierte el delito en uno de resultado o material, porque mientras no se produzca un perjuicio, el delito de falsificación no se encuentra consumado. Según Garrido Montt, hay opiniones en el sentido de que no requiere de la provocación de ese resultado para su perfeccionamiento; el perjuicio no sería entonces un elemento del tipo objetivo, sino una *condición objetiva de punibilidad*, necesaria únicamente para su sanción, tesis que reviste importancia, entre otras alternativas, para efectos de precisar cuál es el tipo subjetivo que requiere la figura.<sup>113</sup>

Existen dos tesis relativas a la naturaleza del perjuicio exigido en la disposición transcrita, representada por los juristas Pedro Ortiz Muñoz y Luis Cousiño Mac Iver, el primero de ellos la califica de condición objetiva de punibilidad y el segundo de elemento del tipo.

Pedro Ortiz estima que el perjuicio de tercero no desempeñaría el papel de elemento de la figura delictiva, sino el de condición objetiva de punibilidad, su tesis se basa en dos elementos centrales del artículo 197, la falsificación y el perjuicio, que son de diversa naturaleza y que subsisten de manera independiente, puesto que ambos elementos incluso pueden provenir de diversos autores del delito. La

---

<sup>112</sup> Garrido Montt. D. P., Parte Especial, Tomo III, p. 89.

<sup>113</sup> *id.*

razón emana de la historia fidedigna de la ley: el Código español, que sirvió de inspiración a nuestro Código Penal, integraba el delito así: “El que con perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo ...”, siendo quitada la segunda parte, en nuestro país por la Comisión Redactora, de modo que quedó el elemento “perjuicio de tercero”, lo que a su entender evidenciaría el propósito de dejar este requisito con un carácter absolutamente objetivo, dissociado del ánimo del agente, constituyéndose el perjuicio en un condición extrínseca, y por tanto, ajeno a la antijuridicidad como a la culpabilidad. El bien jurídico protegido, sería en este caso, la integridad probatoria, el cual se lesiona por el sólo hecho de la falsificación, con lo cual se agota la tipicidad de la figura<sup>114</sup>. La adición del perjuicio obedece a razones prácticas: la sola lesión a la integridad probatoria de un documento privado, sin que produzca perjuicio alguno, no es suficiente para ser sancionada penalmente.

Luis Cousiño, piensa a la inversa, *“en este caso el perjuicio del tercero constituye un requisito vinculado con la acción voluntaria, ya que no es posible concebir la acción de confección de un instrumento falso carente de toda finalidad y, por tanto, no dirigida hacia un resultado determinado.”* Parece haber algo de ironía en su palabras, al abordar lo que Ortiz entiende por bien jurídico, y al contestar que *“Si el propósito de concreción fuera únicamente el de realizar una prueba caligráfica, el hecho carece relevancia típica aunque la falsificación se materialice y no puede considerarse, siquiera, como tentativa, por falta de perjuicio de un tercero. A la inversa, si la finalidad está también dirigida al resultado dañoso, el tipo estará cumplido con la producción de ese efecto y en grado de tentativa, en cualquier otro caso”*. En síntesis, para Cousiño el perjuicio es un elemento del tipo, y por consiguiente el delito no está consumado mientras el perjuicio no se produce; por otra parte, el dolo del agente debe abarcar tanto la falsificación como el perjuicio del tercero.<sup>115</sup>

En cuanto a las consecuencias prácticas de una y otra tesis, éstas dicen relación con consumación del delito y la posibilidad de punir la tentativa y frustración. En la posición de Ortiz, la falsificación no sería punible ni aún a título de tentativa y frustración, si no concurriera perjuicio del tercero, en cambio, si el perjuicio llegara a producirse, la falsificación es punible aunque el resultado

---

<sup>114</sup> Etcheberry, D. P., Tomo IV, pág 176, refuta ambos argumentos. En primer lugar, señala que la razón de la Comisión Redactora, fue: “siempre es necesario que haya dolo para que un hecho se considere delito”, es decir, estimó superfluo el término y por tal razón lo eliminó, porque a su juicio, el dolo está en el propósito de perjudicar y no en la conciencia de falsificar. En segundo lugar, estima que el bien jurídico protegido no es la integridad probatoria.

<sup>115</sup> Cousiño Mac Iver. *Op. cit.* pp. 630 y 631.

dañoso ni siquiera haya sido previsto por el autor. Siguiendo la lógica de Cousiño, los resultados son diametralmente opuestos, en el primer caso hay tentativa y frustración punibles, y en el segundo no hay punibilidad por falta de dolo.

Etcheberry, adhiere a la tesis propuesta por Cousiño: “la producción del perjuicio es un elemento del tipo y debe estar cubierta por la culpabilidad”, argumenta en el sentido que la ley no es categóricamente objetiva al describir el perjuicio, y no es más que el resultado de la acción, la de falsificar. La regla general es que el dolo del agente debe estar referido a la acción, al resultado y a la relación causal entre ambos, la que se cumpliría en esta figura, donde el perjuicio de tercero las más de las veces se produce como consecuencia de la acción del agente, y está abarcada por su dolo. En síntesis, estima que el perjuicio es un elemento del tipo, que el dolo propio de esta figura debe abarcar la falsedad y el perjuicio a la vez, y que es posible sancionar a título de tentativa o de frustración, aunque el perjuicio no haya llegado a producirse efectivamente.<sup>116</sup> En otros términos, se sostiene que el tipo subjetivo requiere de dolo, que se extiende a todos los extremos de los elementos que conforman el delito, tanto al conocimiento y voluntad de llevar a cabo la falsificación de un documento como a la de concretar un perjuicio en una persona mediante esa actividad. Según Garrido Montt la doctrina mayoritaria comparte este criterio, sin embargo aquellos que “estiman que el perjuicio es una condición objetiva de punibilidad y no un elemento del tipo, necesariamente deben adoptar una posición distinta.”<sup>117</sup>

No somos de la idea de adoptar una posición distinta a la de Ortiz, puesto que creemos naturalmente, que se trata de una auténtica condición objetiva de punibilidad, por las mismas razones que sostiene el autor, que resultan de toda, lógica, pero además porque el elemento coincide con la caracterización que postulamos de las condiciones propias. En lo que atañe al dolo, que debe estar referido a la acción y al resultado, en una relación causal, esto es sólo la repetición de la norma general, que en este caso encuentra una calificada excepción.

**1.5 Proveedores del Ejército:** El delito que cometen estos sujetos está contemplado en los siguientes términos en el Código Penal:

Art. 273. Las personas encargadas de provisiones, empresas o administraciones por cuenta del ejército o de la armada, o sus agentes que voluntariamente hubieren faltado a sus compromisos embarazando el servicio que tuvieren a su cargo con daño, grave e inevitable de la

---

<sup>116</sup> Etcheberry, D. P., Tomo IV, p. 176.

<sup>117</sup> Garrido Montt, D. P., Tomo IV, Parte Especial, p. 90.



causa pública, sufrirán las penas de reclusión mayor en su grado mínimo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.

“Los proveedores del ejército o de la armada y sus agentes, que voluntariamente falten a sus compromisos, únicamente reciben sanción si embarazan el servicio con daño, grave e inevitable a la causa pública (art. 273)”.<sup>118</sup>

En este caso el embarazo del servicio en las condiciones que se exigen, es un elemento desvinculado de las exigencias de culpabilidad, el castigo de la conducta se justifica en este caso en un daño concreto, no previsible para el autor. Puede que éste ni siquiera se haya representado la eventualidad de la producción del resultado dañoso, caso en el cual la voluntariedad sólo dice relación con la intención del sujeto a sus compromisos, la que puede obedecer a diversas motivaciones. Se erige así el requisito en una condición objetiva de punibilidad de carácter propio, que tiene la misión de restringir la punibilidad de una conducta desde ya disvaliosa, consistente en faltar voluntariamente a sus compromisos.

## **2. Delitos de Peligro a la Vida y la Salud**

Los delitos de peligro, desde un primer punto de vista son aquellos que llevan consigo el riesgo de un mal para la vida o la salud del individuo, y a juicio de Bustos, Grisolia y Politoff, en ellos el peligro no se presume, constituye, un elemento del tipo. La situación de peligro a que apunta objetivamente la conducta, y que está cubierta por el dolo del agente, puede, sin embargo resultar insuficiente para la ley, que suele exigir una lesión efectiva, como condición objetiva de punibilidad de la acción peligrosa. Tal condición no influye en la naturaleza de las conductas, que siguen siendo delitos de peligro.<sup>119</sup> A la inversa, don Luis Cousiño Mac Iver, entendió previamente que los delitos que contienen condiciones objetivas de punibilidad, intrínsecamente son delitos de peligro, pues la acción típica lleva una potencia dañosa que hace temer por la seguridad de los bienes jurídicos protegidos y el orden ético-social, en esto reside su antijuridicidad material.<sup>120</sup>

**2.1 Abandono de Parientes Enfermos:** El precepto que contempla esta infracción penal sanciona es el siguiente:

---

<sup>118</sup> Cousiño Mac Iver. *Op. cit.* p. 629.

<sup>119</sup> Bustos, Grisolia y Politoff. *Op. cit.* p. 235.

<sup>120</sup> Cousiño Mac Iver. *Op. cit.* p. 628

Art. 352. El que abandonare a su cónyuge o a un ascendiente o descendiente, legítimo o ilegítimo, enfermo o imposibilitado, si el abandonado sufriere lesiones graves o muriere a consecuencia del abandono, será castigado con presidio mayor en su grado mínimo.

“El abandono del cónyuge, ascendiente o descendiente enfermo o imposibilitado, tan sólo es castigado si el abandonado sufriere lesiones graves o muriere (art. 352).<sup>121</sup> Se trata de un delito de peligro concreto, por cuanto requiere que la conducta exponga a la víctima al peligro de perder la vida o dañar su salud, así lo entiende el profesor Bullemore, para quien *“En esta hipótesis, la muerte o las lesiones graves constituyen una condición objetiva de punibilidad y deben representar la concreción del peligro creado con el abandono.”*<sup>122</sup>, asimismo Bustos, Grisolia y Politoff, han señalado que *“Aunque la penalidad esté condicionada a un resultado, no deja de ser estructuralmente este tipo legal una figura de peligro, en la índole material de la acción y en la subjetividad. El resultado sólo es condición objetiva de punibilidad, lo que tiene importancia entre otras cosas para evitar confusión en el plano del concurso y en el de la participación. El legislador circunscribe en este caso la clase de riesgo incriminado mediante condiciones objetivas de punibilidad, pero ello en nada altera la naturaleza del delito como delito de peligro.”*<sup>123</sup> Adherimos a la tesis propuesta por estos autores.

**2.2 Entrega de un Menor de Diez Años:** Esta conducta es castigada en los términos que se señalan:

Art. 356. El que teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de diez años, lo entregare a un establecimiento público o a otra persona, sin la anuencia de la que se lo hubiere confiado o de la autoridad en su defecto, y de ello resultare perjuicio grave, será castigado con reclusión menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

El perjuicio grave que resultare de la entrega, a un establecimiento público o a terceros, de un menor de diez años, por parte de quien tiene a su cargo su crianza o educación, sin la anuencia de quien se lo hubiese confiado o de la autoridad en su defecto.

“El delito es especial porque requiere un sujeto calificado (una persona encargada del cuidado del menor), que se consuma con la entrega del niño a

---

<sup>121</sup> *ib.*, p. 630., lo cita como una condición objetiva de punibilidad.

<sup>122</sup> Bullemore/ Mackinnon, Tomo III, Parte Especial, p. 59.

<sup>123</sup> Bustos, Grisolia y Politoff. *Op. cit.* p. 273.

terceros. Pero para que ese comportamiento típico -ya consumado con la entrega- pueda sancionarse, se requiere que se cumpla una “condición objetiva de punibilidad”: que resulte un perjuicio grave para el menor. Si no se cumple esta condición -que no es el resultado del delito, sino la circunstancia necesaria para que la conducta consumada pueda sancionarse-, el hecho no es punible, aunque es típico, antijurídico y culpable.”<sup>124</sup> Desde nuestra perspectiva se trata de una auténtica condición objetiva de punibilidad en que la conducta delictiva es por sí sola merecedora de pena, toda vez que el sujeto ha dejado de cumplir su cometido, en razón de lo cual ha puesto en riesgo la integridad de un menor desde el momento en que lo entrega a un establecimiento público o a otra persona, cualquiera que esta sea.

**2.3 Riña:** Es “el acometimiento recíproco que surge más o menos espontánea y repentinamente entre más de dos personas”. El acometimiento es “el empleo recíproco de violencia física”.<sup>125</sup> La cantidad de sujetos intervinientes en la riña no está determinado en la ley, sin embargo, se acepta que deben ser por lo menos tres, siempre que se agredan mutuamente, porque si hay dos que atacan a un tercero existe determinación en cuanto a quiénes son los autores del homicidio o las lesiones.

En esta riña deben haberse causado lesiones graves o haberse empleado violencia en contra de la persona que posteriormente muere, y además debe conocerse a los autores de las mismas lesiones.

“Hay un hilo conductor en los arts. 392, 402 y 403, que constituye la sustantividad de las diversas hipótesis y su base común: la existencia de una riña o pelea, dentro de cuyo marco se realice una acción dolosa contra la incolumidad física de alguno de los contendientes, y un resultado que opera como condición objetiva de punibilidad.”<sup>126</sup>

Se ha destacado que “las vías de hecho deben tener aptitud causal para producir el peligro concreto para la vida o la salud del individuo y, justamente, por ello, deben estar las vías de hecho realizadas dentro de la riña en relación de causalidad adecuada con la condición objetiva de punibilidad, esto es, con el resultado mayor de muerte o lesiones.”<sup>127</sup>

---

<sup>124</sup> Garrido Montt, Tomo III, Parte Especial, p. 255.

<sup>125</sup> Etcheberry, D. P. Tomo III, p. 79

<sup>126</sup> Bustos, Grisolia y Politoff. *Op. cit.* p. 246

<sup>127</sup> *ib.*, p. 249

Otro asunto de interés dice relación con el alejamiento del copartícipe en la riña antes que sobrevenga la muerte o las lesiones y con la intervención posterior de otros sujetos en la causación del resultado. El problema se resuelve, a juicio de Bustos Grisolí y Politoff, sobre la base que *“la riña es un delito de peligro concreto, pero en el cual no es la experiencia común la que basta para fundar el nexo de probabilidad, sino la propia ley es la que fija el grado de peligrosidad al crear una condición objetiva de punibilidad”*. Si el sujeto se aleja o deja de estar presente cuando la riña no había alcanzado el grado de peligrosidad que exige la ley, la condición de punibilidad falló y responde sólo por lo que hizo (por ejemplo, les lesiones), porque aquella parte en que intervino *“no exteriorizó el grado de peligrosidad plasmado en la ley en una condición objetiva de punibilidad”*. Esto está en directa relación con el sentido de las condiciones objetivas de punibilidad en los delitos de peligro como indicio del grado de peligrosidad de la actividad desarrollada (riña, auxilio al suicidio, abandono de personas desvalidas).<sup>128</sup>

Bustos, Grisolí y Politoff, destacan que tanto el resultado de muerte o lesiones en una la riña, constituyen una condición objetiva de punibilidad. Asimismo abordan las formas imperfectas de ejecución en relación con esta figura penal: “La muerte del sujeto pasivo, en cuanto condición objetiva para que el tipo pueda operar, es incompatible con las ideas de homicidio en riña tentado o frustrado. Si esa muerte, por otra parte, no estuviera en nexo de causalidad adecuada con la índole de la riña peligrosa, no es tomada en cuenta para los efectos del tipo legal en comentario, de suerte que el autor de las lesiones graves sólo respondería por éstas.

Respecto de este particular delito es preciso distinguir a lo menos dos figuras penales:

**A) Homicidio en Riña.** Está contemplado en nuestro Código Penal en los siguientes términos:

Art. 392. Cometiéndose un homicidio en riña o pelea y no constando el autor de la muerte, pero sí los que causaron lesiones graves al occiso, se impondrá a todos éstos la pena de presidio menor en su grado máximo.

Si no constare tampoco quiénes causaron lesiones graves al ofendido, se impondrá a

---

<sup>128</sup> Bustos, Grisolí y Politoff. *Op cit. pp.* 250, 251. A juicio de Garrido Montt “estos autores hacen un excelente esfuerzo sistemático para calificar el homicidio en riña como delito de peligro; pero precisamente al reconocer que sería una condición de punibilidad el deceso de la víctima, la idea de peligro aparece normativamente superada, porque para reprimir la riña en particular se está exigiendo la lesión de un bien jurídico: la muerte de una persona, o sea, el mero peligro es insuficiente, se requiere que el peligro se concrete.”

todos los que hubieren ejercido violencia en su persona la de presidio menor en su grado medio.

Aunque se trata de una figura penal de escasa aplicación por los tribunales de justicia, se justificó su existencia pretérita, por la imposibilidad de atribuir el homicidio a una determinada persona, lo que evidencia su utilidad para solucionar problemas de índole probatoria.

Para algunos autores, parece controvertida la independencia de esta figura penal, siendo para ellos en realidad, una figura *sui generis* de lesiones, y no un tipo de homicidio, toda vez que lo sancionado son las lesiones o la violencia que fue ejercida sobre la víctima y no la muerte de ésta. También es fuente de críticas el hecho que mediante ellas se proyectó el establecimiento de una responsabilidad objetiva, que vulnera principios de derecho penal, en particular el principio de culpabilidad, por tal razón ha sido repudiada su existencia misma, al punto de merecer la eliminación de diversas legislaciones, entre otras, aquella que inspiró la redacción del art. 392, la española.

El art. 392, enumera los siguientes requisitos:

- a) El homicidio de una persona
- b) que no se sepa quien fue el autor del homicidio
- b) que ese homicidio se haya producido en una riña o pelea
- c) que esté acreditado quién causó en esa oportunidad lesiones graves a la víctima o, por lo menos, quien empleó violencia en su contra.

La “no constancia del autor de la muerte”, es una genuina condición objetiva de punibilidad. En principio, se trata de una circunstancia ajena a la actividad del autor, necesaria para aplicar la pena señalada en el art. 392, razón por la cual no es un elemento típico de la figura, asimismo, es un elemento que se halla desvinculado de la culpabilidad del autor y que tampoco forma parte de la antijuridicidad de la conducta. En tal sentido se ha pronunciado el profesor Garrido Montt, quien señala que: *“Esta ausencia de conocimiento de quién es el autor del homicidio no es un elemento del delito, sino una condición objetiva de punibilidad (...)”*. *“Como se trata de un delito de lesiones con sanción calificada, se perfecciona cuando las lesiones graves se han consumado. El posterior homicidio de la víctima es un elemento del tipo del delito sancionado en el art. 392, y la circunstancia de ignorarse quien es el autor de la muerte es una condición objetiva de punibilidad”*<sup>129</sup>

---

<sup>129</sup> Garrido Montt, Tomo III, Parte Especial, pp. 122 y 126.

Como no es posible averiguar quien fue el autor de la muerte, surge una mayor contrariedad al orden jurídico, lo que hace necesaria, desde una perspectiva político-criminal, la pena establecida para ese injusto, a lo cual debe añadirse el merecimiento de pena. El merecimiento de pena se articula sobre la base de dos elementos: la realización culpable de unas lesiones, en el transcurso de una riña, y por otra parte, la causación de muerte, ajena al conocimiento del agente.

Se ha planteado por algunos que el homicidio de uno de los contendientes en la riña, es una condición objetiva de punibilidad, sin embargo, concordamos con Garrido Montt en que esta afirmación es por lo menos discutible. A su entender, “la condición de punibilidad está al margen de la actividad y de la responsabilidad del imputado, por lo tanto, el hecho en que consiste no modifica su responsabilidad, simplemente posibilita que se haga efectiva la sanción; no sucede así en la especie, porque pasa a calificar esa responsabilidad al agravar la que corresponde por las lesiones o la violencia”.<sup>130</sup>

Tanto la doctrina española, que argumentaba acerca de las diversas figuras de riña tumultuaria bajo la vigencia del antiguo Código Penal español (en particular del derogado artículo 408), así como la doctrina nacional, en relación con el homicidio en riña, entienden que el resultado de muerte, o de lesiones, en su caso, son condiciones objetivas de punibilidad. Compartimos la apreciación de Martínez Pérez, en cuanto a que no se trata de auténticas condiciones objetivas de punibilidad, puesto que, si bien se hayan desvinculadas de la culpabilidad del agente por razones de política criminal, son en realidad elemento del injusto, en consecuencia representan “causas de agravación encubiertas de la pena, que no restringen la punibilidad, sino que la amplían.”<sup>131</sup>

El profesor Bullemore, ve una condición objetiva de punibilidad en cada inciso del artículo 392, en cuanto al inc. 1º, señala que “como **condición objetiva de punibilidad**, ha de producirse la muerte del sujeto pasivo, que debe explicarse causalmente a partir de la riña, esto es, constituir una concreción del peligro concreto (sic) originado por ello”; lo mismo en el caso del inc. 2º: “**la muerte del sujeto pasivo constituye la condición objetiva de punibilidad de este delito**”<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> *ib.*, p. 124.

<sup>131</sup> Martínez Pérez. *Op. cit.* p. 156

<sup>132</sup> Bullemore, Tomo III, Parte Especial, pp. 54 y 55

“En suma, *el tipo legal consiste en causar lesiones graves en una riña o pelea, siempre que se dé la condición de punibilidad que condiciona la función agravatoria de la riña: que resulte la muerte de la víctima de esas lesiones graves* (muerte que no es posible atribuir al agente porque se ignora si la causó o no). Este tipo de lesiones graves causadas en riña en que resulte la muerte tiene una penalidad mayor que la que corresponde a las lesiones simplemente graves, del N° 2° del art. 397, debido a que se añade el desvalor de la intervención en la riña al desvalor propio de las lesiones.”<sup>133</sup>

“El tipo legal consiste en ejercer violencia más intervenir en la riña (delito de doble actividad) con una condición de punibilidad (la muerte del violentado)”. El que causó violencias sobre otros, que en definitiva no murieron en la riña, no realizan el tipo del art. 392, por falta de la condición de punibilidad, sin perjuicio que se les pueda sancionar por las lesiones que hayan causado de acuerdo al tipo correspondiente (399 ó 494, N° 5°)...”<sup>134</sup>

No está de acuerdo con esta apreciación, el profesor Etcheberry <sup>135</sup>, dice que tales autores conciben este instituto como un tipo especial de lesiones graves, no de homicidio, que tienen un pena más elevada por ser causadas en circunstancias peligrosas (la riña), siempre que concorra la muerte, que sería una condición objetiva de punibilidad. A su juicio surge el siguiente problema: “Cómo se explicaría que la mayor punibilidad desapareciera, pese a concurrir las exigencias de riña y de resultado muerte, por la sola circunstancia de conocerse el autor de esta última”. No ahondaremos en tal discusión porque excede nuestro ámbito de estudio, sin embargo queda planteada la controversia, como ajena a la existencia de las condiciones objetivas de punibilidad en la figura de homicidio y lesiones en riña.

## **B) Lesiones en Riña.**

a) La Figura del Art. 402 inc. 1°: Si resultaren lesiones graves de una riña o pelea y no constare su autor, pero sí los que causaron lesiones menos graves, se impondrán a todos éstos las penas inmediatamente inferiores en grado a las que les hubieran correspondido por aquellas lesiones.

Estamos contestes en que “en estos delitos la existencia de lesiones graves

---

<sup>133</sup> Bustos, Grisolía y Politoff. *Op. cit.* p. 246

<sup>134</sup> Bustos, Grisolía y Politoff, p. 255

<sup>135</sup> D. P., Tomo III, p. 81

se comporta como una **condición objetiva de punibilidad**, en donde la relación de causalidad ha de establecerse entre la conducta del agente -participación en una riña infiriendo lesiones menos graves- y el peligro para la salud individual -concretado en la existencia de lesiones graves.”<sup>136</sup>

En último término el legislador ha contemplado:

b) La Figura del Art. 402 inc. 2º: No constando tampoco los que causaron lesiones menos graves, se impondrán las penas inferiores en dos grados a los que aparezca que hicieron uso en la riña o pelea de armas que pudieron causar esas lesiones graves.

c) La Figura del Art. 403 inc. 1º: Cuando sólo hubieren resultado lesiones menos graves sin conocerse a los autores de ellas, pero sí a los que hicieron uso de armas capaces de producirlas, se impondrá a todos éstos las penas inmediatamente inferiores en grado a las que les hubieran correspondido por tales lesiones.

“La conducta, pues, consiste en participar en una riña haciendo uso de armas aptas para causar lesiones graves, siendo la existencia de estas últimas una condición objetiva de punibilidad que permite castigar esta conducta peligrosa.”<sup>137</sup>

#### **2.4 Auxilio al Suicidio:** El precepto que es objeto de interés establece:

Art. 393. El que con conocimiento de causa prestare auxilio a otro para que se suicide, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, si se efectúa la muerte.

El suicidio ha sido definido como “causarse la muerte a sí mismo”, es una conducta contraria a Derecho, teniendo en cuenta que la vida no es disponible, aún para su propio titular. Sin embargo, el suicidio no es delito en nuestra legislación, lo que sanciona el art. 393 es una figura de colaboración prestada para que se efectúe una conducta antijurídica por parte de un tercero, la de “auxiliar” a otro para que se suicide. La figura penal requiere además, que el suicida muera para que el delito pueda ser castigado, pese a esto, la muerte en sí misma no es un elemento del tipo penal descrito en el artículo 393, porque la conducta descrita queda perfecta desde que es “suministrada por el auxiliador”. La pena se puede establecer sólo si efectúa la muerte del suicida, y ésta, entendida como un hecho independiente de la voluntad del cooperador, y necesario para imponer la sanción, ha sido considerada por Garrido Montt como una condición objetiva de

---

<sup>136</sup> Bullemore, Tomo III, Parte Especial, p. 55

<sup>137</sup> *ib.*, p. 56, el autor emplea el mismo razonamiento para ambas normas.



punibilidad.<sup>138</sup> Estamos de acuerdo con esta apreciación, la que es compartida asimismo por Novoa Monreal, quien luego de afirmar que “*En Chile parecen no existir auténticas condiciones objetivas de punibilidad*”, asume como la posibilidad “*que más se aproxima al concepto que de ellas hemos dado es la cooperación al suicidio, punible sólo si se efectúa la muerte (art. 393)*”.<sup>139</sup> También Bullemore cita “*la muerte del suicida en el auxilio al suicidio*”, como condición objetiva de punibilidad establecida por el legislador para punir ese delito.<sup>140</sup> Al tratar de los delitos de peligro, el mismo autor señala que en el auxilio al suicidio son razones de política criminal, las que fundamentan la punibilidad del cooperador<sup>141</sup>, lo que se erige en el fundamento de esta condición objetiva de punibilidad.

La muerte, agregada a la figura de auxilio al suicidio es una auténtica condición objetiva de punibilidad, es el caso que planea menos dudas en la doctrina, que cumple con la función de condicionar la aplicación de la pena, pero además es intrínsecamente objetiva, no afecta en nada al injusto ni a la culpabilidad de la acción. Todas estas características han sido manifestadas por Bustos, Grisolia y Politoff al exponer:

*“Si se considera que la conducta de auxilio, en lo que al agente concierne, queda completa cuando lleva a cabo su contribución, que puede ser muy distante temporalmente del momento de la muerte, entregado a la decisión del suicida (...). “El dominio del hecho por el suicida impide que el resultado mortal pueda ser presentado como resultado de la acción de auxilio. En este sentido es correcta la caracterización de la producción de la muerte como una condición objetiva de punibilidad, sin que obste a ello el que la subjetividad del agente auxiliador cubra el riesgo de la muerte. Que la muerte se produzca o no en la realidad (eventual intervención de un tercero), nada quita o añade a la conducta del auxiliador. Es más, incluso un arrepentimiento posterior infructuoso no degradaría el tipo ya completo de auxilio, aunque naturalmente ello debería computarse para una menor reprochabilidad. La importancia de este, que opera como un correctivo respecto de un delito de peligro, es, además, la de inhibir la incriminación de la tentativa y el delito frustrado”<sup>142</sup>*

Nótese que la ley subordina la punibilidad del auxilio al suicidio al requisito de que se efectúe la muerte, lo que técnicamente es una condición de punibilidad, sin la cual, aunque la conducta está terminada, no se puede sancionar el auxilio. Ni siquiera a título de auxilio tentado o frustrado podría castigarse al cooperador, si no ocurre la muerte, lo que se sigue que la tentativa y frustración no son punibles respecto de este delito.<sup>143</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado Garrido Montt,

<sup>138</sup> Así lo entiende Garrido Montt, Tomo III, Parte Especial, p. 133

<sup>139</sup> Labatut, Gustavo. *Op. cit.* p. 86

<sup>140</sup> Bullemore, Parte General, Tomo I, p. 174

<sup>141</sup> Bullemore, Parte Especial, Tomo III, p. 50

<sup>142</sup> Bustos, Grisolia y Politoff. *Op. cit.* p. 242

<sup>143</sup> Etcheberry, D. P., Tomo III, p. 87

al decir que “el delito de auxilio al suicidio es punible sólo si se ha consumado, no admite formas imperfectas.”<sup>144</sup>

**2.5 Incitación a Provocar o Aceptar un Duelo:** Está desgajada de la anacrónica figura del duelo, que ha sido descrita y sancionada por el legislador en el artículo que se reproduce a continuación:

Art. 407. El que incitare a otro a provocar o aceptar un duelo, será castigado respectivamente con las penas señaladas en el artículo anterior, si el duelo se lleva a efecto.

El duelo ha sido definido como *“un combate entre dos contendientes, por causas de índole privada no deshonorables, sujeto a las normas previamente acordadas por terceros (padrinos), tendientes a dejar a los contendientes en paridad de situación.”*<sup>145</sup>

El duelo es un delito de peligro concreto cuyo propósito es salvaguardar la vida y la integridad física de los eventuales contendientes. En la figura del artículo 407, por el contrario, nos encontramos ante *“un delito de peligro en que el desvalor de acción es ínfimo, pero aparece moderado por una condición objetiva de punibilidad (la realización del duelo).”*<sup>146</sup>

La doctrina no está de acuerdo en cuanto a que la circunstancia que el duelo se lleve a efecto, sea una condición objetiva de punibilidad. Así, Etcheberry ha dicho: *“Estas circunstancias se asemejan a las condiciones objetivas en el sentido de que sin ellas no se puede imponer pena alguna, ni aun a título de frustración o tentativa, pero por otra parte no hay duda de que, a parte de su nexo causal con la acción del hechor, deben también estar cubiertas por la culpabilidad de éste, exigencia que es evidente en el caso del Art. 393 por el propio texto legal, y que se desprende del Art. 407 (ya que en este último caso, a nuestro parecer no podría imponerse pena, aunque el duelo se llevara a efecto, si la incitación ha sido ineficaz, es decir, los duelistas ya tenían el propósito de batirse sin necesidad de incitación, que no ha influido en su determinación). Por consiguiente, deben ser consideradas como integrantes del tipo”*<sup>147</sup>. Nótese que el autor ha querido ver una similitud entre esta circunstancia y las condiciones objetivas de punibilidad, pero desde su perspectiva no es posible desvincularla de la culpabilidad del actor. A la inversa piensa Bullemore, para quien *“(…) el artículo 405 sanciona la incitación a*

<sup>144</sup> Garrido Montt, Parte Especial, Tomo III, p. 134

<sup>145</sup> *ib.*, p. 140.

<sup>146</sup> Bustos, Grisolia y Politoff. *Op. cit.* p. 263.

<sup>147</sup> Etcheberry, Alfredo. D. P. Parte General, Tomo I. p. 12 y ss.

*provocar a otro a un duelo o a aceptarlo (art. 407). En estas hipótesis, la realización del duelo es una condición objetiva de punibilidad.*<sup>148</sup>

La conducta descrita en el art. 407, contempla la intervención de un tercero que incita a otras personas a provocar o aceptar un combate, esta acción podría calificarse como de instigación a una instigación, que sólo es punible si se da la condición objetiva de punibilidad de que el combate se realice; en caso contrario no corresponde imponer pena, ya que según Garrido Montt “*el art. 15 N° 2 no resulta aplicable, porque la situación que se está comentando importa la instigación a la provocación de un duelo, y no al duelo mismo, como debería suceder, para poder aplicar el citado art. 15.*”<sup>149</sup>

Etcheberry razona de manera diversa, al aceptar que, si el duelo no se realiza (o sea la condición objetiva de punibilidad no se cumple), sólo puede castigarse la provocación como “inducción directa”, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 n° 2.<sup>150</sup> Por su parte, Bustos, Grisolia y Politoff, no concuerdan con esta aseveración, porque estiman que en tal caso “la exigüidad del desvalor de acción”, sumado a “la ausencia del desvalor de resultado”, no debe llevar al castigo de la instigación a una provocación.<sup>151</sup>

### **3. Casos de Actos Procesales como Condiciones Objetivas de Punibilidad**

En cierta medida Jiménez de Asúa, ha hecho equivalentes los conceptos de condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos procesales, al señalar lo siguiente:

“Son auténticas condiciones objetivas y extrínsecas de penalidad los presupuestos procesales expresa o tácitamente exigidos en las leyes punitivas, al describir y penar una concreta figura del delito. El más típico ejemplo lo hallamos en muchos Códigos penales que exigen, para que puedan ser penados los casos de quiebra, que ésta sea *calificada*, conforme a lo establecido en los Códigos de Comercio”. “A nuestro entender, las más genuinas condiciones objetivas son los *presupuestos procesales* a que a menudo se subordina la persecución de ciertas figuras del delito, como la calificación de quiebra”<sup>152</sup>

Entendemos que no todas las exigencias procesales incorporadas a las figuras penales resultan ser condiciones objetivas de punibilidad, por el contrario,

<sup>148</sup> Bullemore, Parte Especial, Tomo III, p. 57

<sup>149</sup> Garrido Montt, Parte Especial, Tomo III, p. 145.

<sup>150</sup> D. P., Parte Especial, Tomo III, p. 144.

<sup>151</sup> *ib.*, p. 264

<sup>152</sup> Jiménez de Asúa. *Op. cit.* p. 457

la mayoría de los casos de condiciones objetivas no corresponde a esta clase de exigencias, pese a esto, tradicionalmente se ha sostenido que existen a lo menos dos presupuestos procesales que sí obedecen a esa categorización, se trata del protesto en el delito de giro doloso de cheques y de la declaratoria de quiebra en el delito de quiebra fraudulenta.

### **3.1 “El fraude cometido con cheques sin fondo o formas análogas (art. 22 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques), que exige que el cheque sea protestado y puesto, dicho hecho, en conocimiento del girador, para abrir paso a la acción pública penal”.<sup>153</sup>**

Para formarnos una clara visión de lo que se estatuye como condición objetiva de punibilidad en el delito de giro fraudulento de cheque, procederemos a transcribir la norma en que se inserta.

Art. 22. El librador deberá tener de antemano fondos o créditos disponibles suficientes en cuenta corriente en poder del Banco librado.

El librador que girare sin este requisito o retirare los fondos después de expedido el cheque, o girare sobre cuenta corriente cerrada o no existente, o revocare el cheque por causas distintas a las señaladas en el artículo 26, y que no consignare fondos suficientes para atender al pago del cheque, de los intereses corrientes y de las costas judiciales, dentro del plazo de tres días contados desde la fecha en que se le notifique el protesto, será sancionado con las penas de presidio indicadas en el artículo 467 del Código Penal, debiendo aplicarse las del N° 3, aun cuando se trate de cantidades inferiores a las ahí indicadas.

Hernán Silva estima que este delito *“se perpetra por la suma de un hecho positivo, como es la acción de librar cheques, como determina la ley, y por un hecho omisivo, como es la no consignación de dineros suficientes. Estas conductas del girador se adicionan o aglutinan formando un giro complejo, doble, mixto o, si se quiere, un delito sui generis. Si falta uno de los comportamientos, no hay tipificación penal, y si se examinan separadamente, cada uno de ellos es insuficiente para la consumación definitiva del delito”*<sup>154</sup>

Se ha estimado como momento consumativo el del giro del cheque sin que la cuenta esté provista de fondos, caso en el cual estaríamos en presencia de un delito de acción; otros han sostenido que debería fijarse en el no pago dentro de los tres días, o sea la figura delictiva se consuma al no pagar dentro de este plazo, tratándose de un delito de omisión. Lo anterior reviste importancia en cuanto a los

<sup>153</sup> Cousiño Mac Iver. *Op. cit.* p. 630.

<sup>154</sup> Silva Silva, Hernán. *El Delito de Giro Doloso de Cheques*. (Santiago, Ed. Jdca. De Chile, 1992): p. 69.

efectos en materia de dolo: algunos estiman que en los delitos de omisión es suficiente un mero conocimiento de la situación de hecho. Etcheberry ha explicitado esta doble acción al decir: *“Efectuado el protesto, comienza la segunda etapa de este delito de doble acción. El tenedor del cheque debe notificar judicialmente al girador del hecho del protesto. Hecha la notificación, el girador tiene un plazo de tres días para consignar en el Juzgado fondos suficientes para atender al pago del cheque y las costas judiciales”*. *“Hay opiniones en el sentido de que esta segunda etapa sería únicamente una condición objetiva de punibilidad, y que el delito ya estaría perfecto y consumado con la sola circunstancia del protesto en las condiciones precedentemente señaladas”*. Finalmente concuerda con Labatut, en que *“el delito es propiamente de doble acción, y que se consuma sólo con la omisión de consignar. No puede llamarse a esta última una “condición objetiva de punibilidad”, ya que es una circunstancia que depende por entero de la voluntad del agente, que integra su conducta misma y que está cubierta completamente por su dolo.”*<sup>155</sup> También estamos de acuerdo con lo expuesto, en que la segunda etapa de este delito no constituye una condición objetiva de punibilidad y a nuestro entender sólo tiene este carácter el protesto del cheque.

No obstante fijar el momento consumativo en la omisión de consignar, califica como condición objetiva de punibilidad al protesto, que es un acto anterior a la consumación: así ha dicho:

*“Es dudoso que en nuestra legislación existan casos perfectos de condiciones objetivas de punibilidad. El ejemplo tal vez más aproximado lo constituye el **protesto** del cheque sin fondos, en el delito de giro fraudulento de cheque (no la notificación del mismo y el transcurso del plazo legal, que desempeñan otra función). El protesto, en efecto, es un acontecimiento realizado por un tercero (el Banco) facultativamente, ya que el Banco podría optar por pagar el cheque, aunque no tuviera fondos. La culpabilidad del hechor no necesita cubrir la circunstancia del protesto (lo más probable es que desee vivamente que él **no** se produzca). Pero sin el protesto, no hay pena posible, ni aún por tentativa de giro fraudulento”*<sup>156</sup>.

En el mismo sentido la jurisprudencia ha fallado:

**A.- Contra Daniel González Azócar (C. Concepción, 1964; RDJ LXI, 4-322):** El reo giró dos cheques que fueron protestados por falta de fondos, protesto que se le notificó en un solo acto. El fallo de primera instancia estima que se trata de un solo delito, pues los cheques fueron extendidos en el mismo acto y en pago o en garantía de pago de una misma compra de mercaderías. La sentencia de segunda instancia, manteniendo la conclusión, cambia sus fundamentos: sostiene

<sup>155</sup> Etcheberry, D. P., Parte Especial, Tomo III, pp. 449 y 450

<sup>156</sup> Etcheberry, Alfredo. D. P., Parte General, Tomo II, pp. 12 y ss.

que el delito de giro fraudulento de cheque se consuma cuando el librador no consigna fondos para atender al pago del cheque y las costas dentro del plazo de tres días de notificado el protesto; que por consiguiente el delito es de omisión y que no puede hablarse de delitos reiterados de omisión, pues para ello sería preciso que hubieran ocurrido la una después de la otra, y al ser notificado el protesto de los dos primeros cheques en un solo acto, la omisión ha sido también única: habría reiteración si el delito consistiera sólo en el giro, lo que ocurriría antes de la dictación de la Ley 7.498, pero no ocurre después. Un voto disidente no acepta esta teoría, y estima que el delito se perfecciona con el giro, la acción se tipifica con la maquinación fraudulenta y dolosa de girar un cheque o revocarlo o retirar los fondos en las circunstancias señaladas por la ley. El protesto, la notificación judicial y la falta de consignación son simples condiciones objetivas de punibilidad. Si se aceptara que el delito se configura con la notificación del protesto, se llegaría al absurdo de dejar entregado su perfeccionamiento a la voluntad del acreedor.<sup>157</sup>

Nótese que en el fallo, en primer lugar, se sostiene que el delito de giro fraudulento de cheque se consuma cuando el librador no consigna fondos para atender al pago del cheque y costas dentro del plazo legal, por lo que nos encontraríamos ante un delito de omisión; en cuanto al voto de minoría, éste fija el momento consumativo en el giro, tratándose en ese caso de un delito de acción, en que cuyo evento todos los actos posteriores, como el protesto, la notificación y la no consignación, serían simples condiciones objetivas de punibilidad. En ambas situaciones el protesto no coincide con el momento consumativo, y su calificación como condición objetiva de punibilidad, en esas circunstancias, evidencia su completa ajenidad a los restantes elementos del delito, puesto que el momento consumativo indudablemente tiene incidencia en el cómputo del plazo de prescripción del delito, que correría, siguiendo esa lógica, desde una fecha distinta a la del protesto.

De mejor manera se expresan estas ideas en un segundo fallo:

**B.- Contra Carlos Staab Voerde (C. Valdivia, 1965; RDJ LXII, 4-503):** Sostiene que el delito de giro fraudulento de cheque se comete al girarse un cheque sin que el girador disponga de los fondos necesarios para cubrirlo: de aceptarse otra tesis, la fecha de comisión del delito quedaría entregada, no ya a la voluntad del agente, sino a la de persona distinta, cual sería el beneficiario del cheque, planteamiento que repugna a los principios que informan el derecho penal. Un extenso voto disidentes pronuncia, sin embargo, por el punto de vista contrario. Afirma que las opiniones de los tratadistas y la jurisprudencia de los tribunales se dividen entre quienes opinan que el delito es de acción y se consuma con el giro, en tanto que los trámites restantes son sólo condiciones objetivas de punibilidad o requisitos de procesabilidad, y quienes opinan que el delito es delito de omisión, y se consuma con el transcurso del plazo legal, sin efectuar la consignación correspondiente; puntos de vista que determinan diversos momentos a partir de los cuales comenzaría a correr la prescripción. Esta última, indudablemente, sólo empieza a transcurrir una

---

<sup>157</sup> Fallo citado por Etcheberry, Alfredo. *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*, Tomo III, pág 147.

vez que el delito se ha consumado. Y del precepto del art. 22 de la Ley de Cheques fluye necesariamente la conclusión de que la falta de consignación de fondos bastantes para pagar el cheque y las costas es un elemento integrante del delito, sin cuya concurrencia es imposible que se configure y consuma.<sup>158</sup>

**3.2 La Quiebra:** El precepto en cuestión, que habría incorporado una condición objetiva de punibilidad, reza así:

Art. 222. El tribunal que no tuviere jurisdicción en lo criminal, cuando estime que no pueda configurarse alguna de las presunciones establecidas en los artículos 219, 220 y 221, oficiará al juez del crimen poniendo en su conocimiento la declaratoria de quiebra. Igual comunicación deberá efectuar cuando lo solicite el Fiscal Nacional o la junta de acreedores.

La quiebra es un procedimiento civil que está definido y regulado en el artículo 1° de la Ley 18.175: “El juicio de quiebra tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer el pago de sus deudas ...”. Por su parte, la **declaración judicial de la quiebra**, que es una situación jurídica que ocasiona “efectos jurídicos” para los acreedores y terceros, a saber: la apertura del procedimiento de ejecución universal, efectos que se hallan vinculados de manera estrecha al injusto y son de tal entidad que generan la necesidad político-criminal de pena

La persecución del delito de quiebra culpable o fraudulenta sólo podrá tener lugar una vez que el juez civil o de competencia común declare la quiebra, lo que a juicio de cierto sector de la doctrina constituye una condición objetiva de punibilidad, y para otros un requisito de procedibilidad. Tal contrariedad de criterios para un mismo acto procesal ha sido puesto de manifiesto por el profesor de Derecho Comercial, don Arturo Prado Puga, a l decir que en la actualidad “se estima que la sentencia de quiebra, aun cuando existan recursos pendientes que se opongan a ella, constituye la **condición o requisito objetivo de punibilidad como delito concursal a la cual se subordina en forma previa la apertura del proceso de calificación de la quiebra (Art. 222).**” Advierte, sin embargo, que podría sostenerse que” la declaración de quiebra constituye condición o requisito indispensable de **procesabilidad**, pudiendo citarse como ejemplo, el convenio simplemente judicial una vez que se aprueba y alza el “estado” de quiebra (Art. 192), sin impedir que continúe la marcha del procedimiento de calificación cuando este ya se había comenzado o se había “iniciado” con anterioridad a la aprobación del convenio (art. 196)”. “Solo en virtud de sentencia que declare la quiebra

---

<sup>158</sup> *Ib.*, p. 133.

ejecutoriada y a firme podrá establecerse por el juez del crimen una sanción penal<sup>159</sup>. En el mismo sentido, Cousiño Mac Iver ha señalado como un caso de condición objetiva de punibilidad a la “*quiebra fraudulenta, que requiere previamente de la declaración del estado de falencia (art. 222 de la Ley de Quiebras)*.”<sup>160</sup>

Entre quienes la consideran un requisito de procesabilidad, está don Eduardo Novoa Monreal: “En Chile parecen no existir auténticas condiciones objetivas de punibilidad. El requisito de la declaratoria de quiebra para que puedan sancionarse los delitos de quiebra culpable o fraudulenta, según los artículos 194 y 195 de la Ley de Quiebras, muy citado por los autores, mejor parece un presupuesto de procesabilidad<sup>161</sup>. Para Garrido Montt, por su parte, la resolución judicial que declara la quiebra no es una condición objetiva de punibilidad y tampoco puede calificarse como un mero presupuesto necesario para la procesabilidad penal de la insolvencia en que se colocó el deudor. No es una condición objetiva de punibilidad porque para ser tal requiere ser ajena a la conducta del agente, en tanto que “la declaración de quiebra es la resultante de una diversidad de actos provocados por el propio agente en el pasado, más el hecho de incurrir en cualquiera de las conductas señaladas el art. 43 de la Ley de Quiebras”. Si no se lleva a cabo alguna de las conductas recién indicadas no puede ser declarado en quiebra, y si tampoco se han realizado los comportamientos descritos en los arts. 219 y 220 no cometen el delito de quiebra. La declaración de quiebra no es producto de la acción de un tercero como se ha sostenido -lo que podría otorgarle el carácter de condición objetiva de punibilidad- sino que corresponde a la propia actividad del deudor, es su comportamiento el que motiva esa resolución jurisdiccional.”<sup>162</sup>

No resulta clara la postura del profesor Etcheberry, quien señala que “La quiebra, como proceso, y la declaratoria de quiebra, que le da comienzo, son requisitos de procesabilidad, más que condiciones objetivas de punibilidad, como algunos opinan”.<sup>163</sup> No obstante, con anterioridad, ha argumentado que “La declaración de quiebra, con respecto a los delitos de quiebra culpable y fraudulenta, se aproxima también más a la condición objetiva de punibilidad que a un requisito de procesabilidad, ya que tratándose de estos últimos, aún cuando no

---

<sup>157</sup> Prado Puga, Arturo. “*El Proceso de Calificación de la Quiebra*”. Charla efectuada el 25 de noviembre de 1999. p. 16.

<sup>160</sup> Cousiño Mac Iver, Luis. *Op. cit.* p. 630.

<sup>161</sup> Novoa Monreal, Eduardo. *Op. cit.* p. 338

<sup>162</sup> Garrido Montt, Parte Especial, Tomo IV, p. 301

<sup>163</sup> Etcheberry, Alfredo. D. P. Parte Especial, Tomo III, p. 380.



se haya cumplido, la responsabilidad penal ya ha nacido, en abstracto, y falta sólo materializarla a través de un proceso; en cambio, en los delitos de quiebra, la declaración judicial de la misma es requisito indispensable para que nazca la responsabilidad criminal, aun en el plano abstracto<sup>164</sup>. Entendemos que esta es la tesis que más se adapta a su concepción acerca de las condiciones objetivas de punibilidad, lo que se deduce del tratamiento similar dado para el caso del protesto en el delito de giro doloso de cheques.

La importancia de determinar si nos encontramos frente a una condición objetiva de punibilidad o de un requisito de procesabilidad, en la sentencia que declara la quiebra, radica en las consecuencias que de ella derivan en cuanto al momento consumativo del delito y la prescripción de la acción penal. Como ya se advirtió al tratar la diferencia entre una y otra institución, la falta de una condición objetiva de punibilidad establecida en la ley, conduce necesariamente a la dictación de una sentencia absolutoria, no así en el caso de los requisitos de procesabilidad, cuya falta conduce a la no perseguibilidad del delito.

La opinión autorizada de la abogado del Subdepartamento Penal de la Fiscalía Nacional de Quiebra, doña Tatiana Munro, nos da luces respecto a lo que sucede en la práctica, en un proceso de calificación. Señala, que “es posible incoar un proceso de calificación en contra del fallido, incluso cuando no se encuentra ejecutoriada la sentencia que declaró la quiebra”, sostiene que existe “jurisprudencia reiterada que ha otorgado auto de procesamiento en el proceso de calificación a pesar de existir recurso pendiente en contra de la sentencia de quiebra.” “En cambio, difícilmente se llegará a condenar a un fallido por quiebra fraudulenta o culpable si previamente no se encuentra ejecutoriada la sentencia que declara la quiebra, y ello, porque la quiebra es una condición necesaria para que se aplique la pena”<sup>165</sup>

Concluye su comentario de una modo muy lógico, evidenciando la conveniencia de considerar la declaratoria de quiebra como una condición objetiva de punibilidad. A su entender, si se sostuviera que la declaración de quiebra es un requisito de procedibilidad, el delito se encontraría perfecto desde que se realiza la conducta típica, antijurídica y culpable, al margen de que la declaratoria de quiebra sea posterior, de este modo el plazo de prescripción comienza a correr desde la comisión del hecho. En cambio, si se sostiene que tal sentencia es una condición

---

<sup>164</sup> Etcheberry, Alfredo. D. P. Parte General, Tomo II, p. 12 y ss.

<sup>165</sup> Munro Cabezas, Tatiana. *Naturaleza de la Declaratoria de Quiebra en el Delito Concursal*. Boletín Informativo N° 61 de la Fiscalía Nacional de Quiebras, octubre de 1999.

objetiva de punibilidad, resulta que el delito queda perfecto con la declaratoria de quiebra, constituyéndose éste en el momento consumativo. Esta tesis es avalada por la jurisprudencia, que en reiterados fallos ha contado el plazo de prescripción desde la declaratoria de quiebra.<sup>166</sup>

De lo anterior debemos deducir también que no existe tentativa o delito frustrado de quiebra culpable o fraudulenta, toda vez que, una vez declarada la quiebra, se encuentra consumado el delito y cumplida la condición.

No obstante lo expuesto por la doctrina nacional, se podría pensar que subordinar el perfeccionamiento del delito a un acto procesal es extender en demasía los conceptos, al punto de dejar entregado al arbitrio del tribunal, más allá de sus plazos judiciales y carga administrativa, el momento de la consumación. En realidad, resulta que en la mayoría de los casos, la consumación ocurre de manera inmediata o coetánea a la realización de la conducta ilícita, y aún en aquellas figuras penales que requieren diversas fases de ejecución, el delito queda consumado al concluir el último de los hechos que lo constituye. La consumación del delito fija la época en que se inicia el cómputo de la prescripción, siendo así, el cómputo debiera fijarse en la fecha en que se efectuó el último de los hechos constitutivos del ilícito, y no al momento de la declaratoria de quiebra. Pareciera haber una anomalía legal al establecer la declaratoria de quiebra como “el hecho que marca la época”, sin embargo lo que existe es una razón de política criminal, que justifica fijar en la declaratoria de quiebra la fecha de consumación, y es que, siendo muy dispendioso, e incluso imposible en ciertos casos establecer la fecha exacta de la consumación del delito, se establece un período, que debe necesariamente concluir con la dictación de una sentencia, esta es la decisión judicial que declara la quiebra. No obstante la naturaleza procesal del acto denominado “declaratoria de quiebra”, creemos en la conveniencia de su incardinación en la norma como una condición objetiva de punibilidad, puesto que agrega un requisito que resulta ser objetivo y que condiciona la punibilidad del hecho, a la vez que confiere certeza jurídica, la que proviene de una sincronía en el cómputo de los plazos, permitiendo que la prescripción corra desde el momento de la declaratoria de quiebra.

En el derecho comparado, agregaremos que, una parte importante de la doctrina española estimaba que en los llamados “delitos de quiebra” contenidos en

---

<sup>166</sup> Se trata de dos fallos de la C. Apelaciones de Santiago, uno de noviembre de 1998 y otro de abril de 1999, citados en el mismo Boletín Informativo.

los artículos 520 y 521 del Código Penal español, se exigía una condición objetiva de punibilidad consistente en la declaración de insolvencia, de conformidad con lo establecido en el Código de Comercio. En este contexto, la declaración judicial de quiebra representaba una condición objetiva de punibilidad propia, que no estaba cubierta por la culpabilidad del agente y que en sí misma no contribuía a fundamentar la antijuridicidad del hecho. Las conductas típicas descritas en los artículos 888 y 890 del Código de Comercio español, contemplan ciertos comportamientos que son por sí solos merecedores de pena, pero que su punibilidad se encontraba supeditada a la declaración judicial de la quiebra, que hacía surgir la necesidad de la pena.<sup>167</sup> Sin embargo la actual redacción del artículo 260 del Código Penal español, parece no exigir la previa declaración civil de la quiebra, es así que prescribe: “3. *Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste (...)*”

#### **4. Casos Dudosos**

A continuación se enuncian una serie de delitos que contienen cada uno determinado elemento dentro de su descripción legal, que no califica como condición objetiva de punibilidad, no obstante las dudas que pudiera suscitar su ubicación sistemática. Estos corresponden a elementos de la descripción típica o a requisitos de procesabilidad, los primeros no ostentan un mayor desarrollo doctrinal, los segundos, por el contrario en reiteradas ocasiones han sido tratados conjuntamente al revisar las condiciones objetivas de punibilidad contenidas en los delitos de quiebra y giro doloso de cheques.

**4.1 Malversación de Caudales Públicos:** Art. 233. El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraiga o consintiere que otro los substraiga, será castigado (...)

Si bien podría pensarse que “ser empleado público”, es una condición objetiva de punibilidad en realidad es un elemento de la descripción típica, puesto que se trata de delitos cometidos por sujetos que ostentan un determinado cargo, y que en el desempeño de su cometido proceden a la sustracción de los caudales públicos. Si no se tratara de un funcionario público, estaríamos en presencia de otra figura legal, diversa a la de malversación de caudales públicos.

---

<sup>167</sup> Martínez Pérez. *Op. cit.* p. 152 y ss.

**4.2 Aborto:** Art. 342. El que maliciosamente causare un aborto será castigado (...)

Se ha señalado como “la existencia del feto” como un posible caso de condición objetiva de punibilidad, no obstante, tratándose de un elemento que se encuentra implícito en la figura de aborto, no resulta eficaz para efectos de condicionar la punibilidad, a lo más podría contribuir a la descripción de la figura típica.

**4.3 Bigamia:** Art. 382. El que contrajere matrimonio estando casado válidamente, será castigado con reclusión menor en su grado máximo.

Al igual que en los casos anteriores, aquí la circunstancia de “estar casado”, no es una condición objetiva de punibilidad, es genuinamente un elemento de la descripción típica, porque no es posible concebir el delito de bigamia sin que el sujeto esté casado, el hecho de contraer matrimonio, no es por sí solo un delito, requiere de aquella circunstancia especial, que la define como bigamia.

**4.4 Estupro, violación y rapto:** Art. 369. No puede procederse por causa de los delitos previstos en los artículos 361 o 366 quater, sin que a lo menos se haya denunciado el hecho a la justicia, al ministerio público o a la policía por la persona ofendida, por sus padres, abuelos o guardadores, o por quien la tuviere bajo su cuidado.

**4.5 Calumnia e injuria:** Art. 428. Nadie será perseguido por calumnia o injuria sino a instancia de la parte agraviada o de las personas enumeradas en el artículo 424, si el ofendido hubiere muerto o estuviere física o moralmente imposibilitado.

En ambos casos tanto la denuncia del ofendido o de las personas que señala la ley, constituyen requisitos de procesabilidad y no condiciones objetivas de punibilidad. Como señaláramos en el capítulo III, al tratar de los requisitos de procesabilidad, las razones obedecen a que no se puede estimar que haya vinculación alguna entre la denuncia y la querrela con el hecho injusto, está fuera de éste y su verificación no lleva implícita ninguna contrariedad al orden jurídico, es un requisito que el legislador ha estimado conveniente incluir por razones de utilidad en atención a la titularidad de la acción y al interés particular, por sobre el interés del Estado, que no se refieren ni al hecho ni a su punibilidad, sino que al ejercicio de la acción penal.

## CONCLUSIONES

Comenzando por ciertos antecedentes aportados por la doctrina extranjera y la escasa literatura nacional, abordamos la tarea de analizar aquellos casos en que el legislador ha considerado la conveniencia de introducir ciertos elementos que, restringen la imposición de la pena o contribuyen a agravarla. En tal escenario adoptamos una clasificación fundamental, que nos condujo a una clasificación primaria, entre condición objetiva de punibilidad propia o impropia, destacando que la bipartición nace de la diversa concepción de su fundamento y función. En una revisión de las posiciones relativas a las condiciones propias, encontramos que éstas se fundamentan en criterios de política-criminal, las que forzosamente deben distinguirse de las denominadas condiciones impropias, recogidas por la doctrina española.

Indagamos ciertos criterios que permitieron su individualización y su distinción de otras figuras jurídicas que afines a las condiciones objetivas de punibilidad, es decir, abordamos la especificidad y autonomía de las denominadas condiciones objetivas de punibilidad como categoría dogmática frente a otras instituciones próximas, haciéndonos cargo de la discusión en torno a si la culpabilidad va o no referida a las condiciones objetivas y si tales elementos constituyen circunstancias que pertenecen a los presupuestos materiales de la pena o si por el contrario representan simples presupuestos para la persecución penal.

Ahora bien, el criterio central de individualización de la categoría de las condiciones objetivas de punibilidad viene dado por el hecho que en ellas la culpabilidad no constituye un requisito indispensable para el castigo de la conducta, entonces, la ajenidad de la culpabilidad es entendida como una de las premisas en orden a la identificación de las concretas condiciones objetivas. La doctrina es coincidente en señalar además, como nota definitoria, la circunstancia de hallarse la condición desligada de la acción, en el sentido de sostener que entre una y otra no media relación de causalidad.

Si se atiende a la naturaleza jurídica que poseen las condiciones objetivas de punibilidad “propias”, hay que convenir que éstas deben considerarse como una categoría que se ubica sistemáticamente al margen del injusto y de la culpabilidad, dado que suponen la existencia previa de estos elementos; en

cambio, teniendo a la vista la naturaleza jurídica de las “impropias” condiciones objetivas de punibilidad, simultáneamente hay que entender que tales circunstancias deben ubicarse precisamente en el injusto.

Suele reputarse como inherente al concepto de condición objetiva de punibilidad, y por consiguiente se invoca como criterio de individualización de esta categoría, la circunstancia que el elemento condicionante sea un acontecimiento futuro e incierto, sin embargo no hay argumentos sustanciales que validen la posibilidad de circunscribir la operatividad de la categoría a acontecimientos futuros e inciertos, simplemente se trata de una condición necesaria para la aplicación de la pena.

No obstante lo anterior, puede sostenerse que lo verdaderamente característico de las propias condiciones objetivas de punibilidad como categoría dogmática autónoma es su ajenidad sustancial respecto del injusto, dado que esta clase de condiciones se hallaría siempre al margen de la conducta ilícita y, consecuentemente, su verificación viene a poner de relieve tan sólo la necesidad de pena, de lo cual se colige que elementos del tipo y condiciones objetivas de punibilidad propiamente dichas son nociones que se excluyen mutuamente.

En cuanto a su ubicación sistemática, entendemos que, al lado de los elementos básicos del delito: la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que constituyen presupuestos esenciales de la pena y son de necesaria concurrencia para toda clase de hechos delictivos, surgen estos elementos adicionales al delito que, en determinados casos, vienen a justificar la imposición de la pena y que deben ser examinados en relación con específicas y aisladas figuras de delito.

Por otra parte, las genuinas condiciones objetivas de punibilidad se encuentran vinculadas a las denominadas causas personales de exclusión de la pena o “excusas legales absolutorias”, principalmente por su similitud estructural, como elementos que condicionan la aplicación de la pena, no obstante debemos hacer una clara distinción a objeto de no asimilar unas a otras. Asimismo, la cuestión de delimitar las condiciones objetivas de punibilidad frente a las llamadas condiciones objetivas de perseguibilidad o procedibilidad o requisitos o presupuestos procesales, reviste particular relieve, dado que de la diferenciación que se estableció entre ambas instituciones jurídicas se extrajeron criterios de individualización de la categoría en estudio, concluyendo que existen al menos dos casos de condiciones objetiva de punibilidad que coinciden con actos

procesales, se trata del protesto en el delito de giro doloso de cheques y de la declaratoria de quiebra en el delito de quiebra fraudulenta, los demás (denuncia y querrela), son genuinos requisitos de procesabilidad, que no inciden en la punibilidad del delito y sólo conciernen a la admisibilidad de su persecución penal, en consecuencia, son condiciones de carácter jurídico-formales que se basan en razones estrictamente procesales. La diferenciación entre condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos de procesabilidad es importante desde un punto de vista práctico, es así que, en caso de ausencia de una condición objetiva de punibilidad, el tribunal deberá pronunciarse sobre el fondo del asunto, procediendo a la absolución del sujeto, o en su caso no se producirá la agravación de la pena; en cambio, en el caso que no se cumpla un requisito de procedibilidad, el juez no iniciará el proceso, o habiéndose desencadenado, se paralizará sin pronunciarse sobre el fondo del asunto.

En cuanto al tratamiento que debe reservarse para esta clase de condiciones, la cuestión radica en determinar los efectos producidos por las condiciones objetivas de punibilidad en relación con otras instituciones dogmáticas. Se consideran ciertas consecuencias en la consumación del delito y en la admisibilidad de las formas imperfectas de ejecución, en la esfera de la participación, en la determinación del lugar y tiempo de la comisión del delito. Sin embargo, la materia de mayor interés es la que dice relación con la prescripción, en que se suscitó la importante cuestión práctica de saber si en las figuras delictivas cuya punibilidad se subordina al cumplimiento de una condición objetiva, el término de la prescripción comienza a correr desde el día en que se lleva a cabo la conducta (se realiza el tipo) o desde el momento en que se produce la condición de punibilidad, concluyendo que la consumación del delito es independiente del cumplimiento de la condición y que el cómputo de la prescripción debiera fijarse en la fecha en que se efectuó el último de los hechos constitutivos del ilícito, y no al momento del cumplimiento de la condición objetiva de punibilidad, sin embargo lo que existe es una razón de política criminal, que justifica fijar en esta última la fecha de consumación, que se erige en un requisito que resulta ser objetivo y que condiciona la punibilidad del hecho, a la vez que confiere certeza jurídica, la que proviene de una sincronía en el cómputo de los plazos. Es aquí donde radica la importancia práctica del reconocimiento de las condiciones objetivas de punibilidad, es el asunto de mayor interés práctico, a cuyo respecto no se ha dado una respuesta concluyente.

Finalmente pudimos constatar que existen numerosos delitos que han

condicionado la aplicación de la pena a la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad, en varios de esos casos su inclusión es evidente, lo que justifica su estudio; sin embargo, la mayoría son discutibles y en un alto porcentaje, son falsos casos de condiciones objetivas de punibilidad.



## BIBLIOGRAFÍA

- Antolisei, Francesco. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Ed. UTEHA, Buenos Aires, Argentina, 1960.
- Bacigalupo, Enrique. *Delito y Punibilidad*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- Bettiol, Giuseppe. *Derecho Penal, Parte General*. Ed. Temis, Bogotá, 1965.
- Bullemore, Vivian/ Mackinnon, John. *Curso de Derecho Penal. Tomo I, Parte General y Tomo III, Parte Especial*. Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005.
- Bustos Ramírez, Juan. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*. Ara Editores, Lima 2004.
- Bustos Ramírez, Juan. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*. Ed. Ariel, Barcelona, 1991.
- Bustos, Grisolia y Politoff. *Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1993.
- Cousiño Mac Iver, Luis Enrique. *Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1975.
- Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- De Rivacoba y Rivacoba, Manuel. *Función y Aplicación de la Pena*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993.
- Del Rosal, Juan. *Derecho Penal Español*. Ediciones Varian, Madrid 1960.
- Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal Parte General, Tomo I y II. Parte Especial, Tomos III y IV*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1998.
- *El Derecho Penal en la Jurisprudencia, Parte General y Especial, Tomos II, III y IV*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987.
- Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2001.
- *Derecho Penal, Parte Especial, Tomos III y IV*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2002.
- Jakobs, Günther. *Derecho Penal, Parte General*. Ediciones Jurídicas S.A. Madrid, 1995.
- Jiménez de Asúa, Luis. *La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*. Ed. Hermes. Buenos Aires, 1954.
- Labatut Glens, Gustavo. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1983.

- Martínez Pérez, Carlos. *Condiciones Objetivas de Punibilidad*. Editoriales de Derecho Reunidas EDERSA. Madrid, 1989.
- Mezger, Edmund. *Derecho Penal, Parte General*. Ed. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1958.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. REPERTOR, S. L. Barcelona, 1998.
- Munro Cabezas, Tatiana. Comentario de Jurisprudencia “Naturaleza de la Declaratoria de Quiebra en el delito concursal”, Boletín Informativo N° 61 de la Fiscalía Nacional de Quiebras. Santiago de Chile, octubre de 1999.
- Muñoz Conde, Francisco/ García Arán, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- Novoa Monreal, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*. Editorial Jurídica Ediar Conosur. Santiago de Chile. 1985.
- Prado Puga, Arturo. *El Proceso de Calificación de la Quiebra*. Revista del Colegio de Abogados, Santiago de Chile, noviembre de 1999.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*. Ed. Civitas S. A., Madrid, 1997.
- Silva Silva, Hernán. *El Delito de Giro Doloso de Cheques*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán, Parte General*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1976
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho Penal, Parte General V*. Ediar, Buenos Aires 1988.