

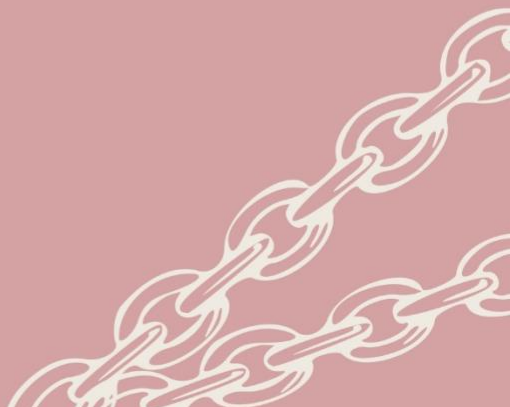


REVISTA DE DERECHO

Lex Olympia

VOLUMEN IV EDICIÓN N°1

**"PERSPECTIVAS PENALES: REFLEXIONES
Y DESAFÍOS DEL DERECHO PENAL"**





DIRECTOR

Ignacio Torreblanca

SUBDIRECTOR

Michael Ocampo Cartagena

SECRETARIA GENERAL

Daniela Barrientos

DEPARTAMENTO DE EDICIÓN

Directora - Fernanda Poblete

Subdirector - Pablo Parry

Coordinador de Redactores - Demian Ortiz

Redactores - Dangelo Arancibia, Carolina Aravena, Sofia Brito, Valentina Ibáñez, Isidora Santibáñez.

DEPARTAMENTO DE COMUNICACIÓN Y RELACIONES

Directora - Javiera Zúñiga

Coordinadora de redes sociales - Paulina Arancibia

Relaciones y organización interna - Sol García

Comunicadores - Tomás Fernández, Isidora Duarte, Josefa Estay, Carol Contreras.

DEPARTAMENTO DE FINANZAS

Directora - Francisca Machuca

Volumen 4 Edición 1 – Año 2025

AGRADECIMIENTOS

Este volumen se concibe como un espacio de reflexión que reúne distintas perspectivas en torno a una disciplina en constante evolución, y que ocupa un lugar central en la discusión jurídica y social de nuestro país. El derecho penal, por su naturaleza, nos enfrenta a dilemas profundos: el equilibrio entre libertad y seguridad, y al mismo tiempo, la urgencia de responder a los desafíos que impone la vida en comunidad.

En primer lugar, queremos agradecer a las autoras y autores que aceptaron la invitación a participar de este proyecto. Sus trabajos, fruto de investigación y compromiso —porque detrás de cada palabra hay horas de estudio, discusión y compromiso— reflejan la convicción de que el derecho penal no puede permanecer ajeno a los cambios culturales, políticos y sociales de nuestro país. Su aporte enriquece este volumen y demuestra que la academia constituye un puente valioso entre el análisis y los desafíos concretos que enfrenta el sistema de justicia penal.

Extendemos también nuestro reconocimiento al equipo editorial, que colaboró con dedicación para permitir que los textos circulen, se lean y, sobre todo, se conviertan en herramientas de debate e información. De igual forma, el equipo de comunicaciones, cuyo esfuerzo ha sido clave para visibilizar esta obra y acercarla a una audiencia más amplia, contribuyendo así a que estas reflexiones trasciendan las paredes de la academia y lleguen a quienes forman parte activa del debate público.

Con este volumen no se tiene como objetivo cerrar discusiones, sino abrirlas, invitando a la comunidad académica a dialogar en torno a los problemas y desafíos que hoy atraviesa el derecho penal chileno. Esperamos que este esfuerzo contribuya a la construcción de un sistema más justo y consciente de las transformaciones de nuestro tiempo.

Confiamos en que estas páginas serán recibidas con el mismo interés y entusiasmo con el que fueron elaboradas, y que se conviertan en una herramienta para pensar el presente y proyectar el futuro del derecho penal en nuestro país.

Directora del Departamento de Ediciones

Fernanda Poblete Vásquez

Revista de Derecho Lex Olympia

ÍNDICE

Entrevistas

Arancibia, Paulina: **“El Derecho Penal como espejo de la sociedad”**

Entrevista a Claudio Quintana, abogado.

Ocampo, Michael: **“La Reforma Procesal Penal como proyecto país”**

Entrevista a Rafael Blanco, abogado.

Investigación Lex Olympia

Arancibia, Dangelo & Aravena, Carolina & Brito, Sofía & Ibáñez, Valentina & Ortiz, Demian & Parry, Pablo & Poblete, Fernanda & Santibáñez, Isidora: **“Unidades Penales Especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas”**.

Investigaciones Externas

Alfaro, Camila & Araya, Fernanda & Jaimy Cárdenas: **“¿Autonomía real o dependencia funcional? Tensiones institucionales en la defensoría Penal Pública.**

Núñez, Manuel & Vega, Esteban: **“La inteligencia artificial como nuevo método delictivo: El desafío para nuestros tribunales”**.

Ortega Basualto, Camila: **“IA, Ética y Derecho Penal”**.

Ramírez Escobar, Vicente: **“Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?”**.

Entrevista - Claudio Quintana

El Derecho Penal como espejo de la sociedad: Entrevista con el Profesor Claudio Quintana

Entrevistadora Paulina Arancibia

Entrevistadora:

Buenos días, la primera pregunta consiste en: ¿Qué motivaciones personales o intelectuales lo llevaron a especializarse en derecho penal?, ya que, muchos penalistas vinculan que su interés por esta rama del derecho penal nace de una inquietud ética, política o incluso literaria. En su caso, ¿hubo algún momento, autor o caso específico que marcara el inicio de su interés sostenido por el derecho penal?

Prof. Claudio Quintana:

Creo que mi interés por el derecho penal nace de una interrelación profunda entre lo ético, lo político y lo jurídico. Desde que comencé a estudiar Derecho, siempre me llamó la atención comprender cómo se resuelven los conflictos, cuáles son los intereses que subyacen a esas resoluciones, de qué manera se protegen y qué consecuencias tiene esa protección.

El derecho penal, en particular, no solo regula conductas: muestra y demuestra la posición política de una sociedad en un momento determinado. A través de la configuración de los delitos y de las penas, se expresa simbólicamente qué valores se consideran dignos de protección y, al mismo tiempo, se evidencian las tensiones, contradicciones y desigualdades estructurales de una sociedad.

Cuando un ordenamiento jurídico decide castigar los atentados contra la propiedad con penas determinadas, está haciendo una afirmación política sobre la importancia de ese bien jurídico. Del mismo modo, cuando una sociedad tipifica

el delito de femicidio, está reconociendo no solo la necesidad de proteger de manera específica la vida de las mujeres, sino también visibilizando una problemática estructural de género. Cada decisión penal conlleva un mensaje normativo y simbólico.

Por eso, mi interés por el derecho penal es también un interés crítico y político: me interesa estudiar cómo se expresa el poder punitivo, qué intereses protege, a quién sanciona y qué dice eso sobre la sociedad en la que vivimos. A través del derecho penal es posible observar con nitidez el estado actual de una comunidad política, sus prioridades, sus exclusiones y sus formas de entender la justicia.

Entrevistadora:

Sí, estoy de acuerdo, también soy algo penalista y digo algo súper parecido. Finalmente, más que nada como, el reflejo de lo que la sociedad permite y no permite.

Prof. Claudio Quintana:

Claro, el derecho penal es un reflejo de la sociedad, aunque muchas veces lo es únicamente de una parte de ella. Esto se vuelve especialmente evidente en contextos marcados por la desigualdad y por estructuras de opresión, como ocurre en la sociedad chilena. En esos casos, el derecho penal no solo reproduce las tensiones sociales a través de la definición de delitos y penas, sino también en la manera en que dichas normas son aplicadas judicialmente.

Ahora bien, el derecho penal también puede desempeñar un rol activo en la

Entrevista - Claudio Quintana

protección de intereses vinculados a problemáticas estructurales. Y ahí surge un debate importante: ¿Debe el derecho penal contribuir a corregir esas desigualdades o debe limitarse a un rol más neutral y restrictivo? En mi opinión, existen ciertos avances en el derecho penal chileno que van en la dirección correcta, al proteger intereses fundamentales que constituyen el núcleo ético de una comunidad. Por ejemplo, la progresiva incorporación de tipos penales que resguardan específicamente la vida y la integridad de las mujeres —como el femicidio y otras figuras afines— evidencia una respuesta institucional frente a una problemática urgente.

Sin embargo, también hay aspectos del derecho penal que no responden a una lógica de protección de bienes jurídicos esenciales, sino que obedecen a dinámicas de populismo punitivo. En estos casos, el derecho penal se convierte en un instrumento simbólico que aparenta resolver problemas sociales, pero que en realidad los profundiza o los desplaza. Desde esta perspectiva, me parece que el derecho penal no debe asumir un rol extensivo ni transformarse en una vía simplista de solución frente a conflictos sociales complejos. Su función debe estar limitada por criterios de racionalidad, necesidad y respeto a los derechos fundamentales.

Entrevistadora:

Sí, muy bien.

Bueno, la segunda pregunta es, ¿Usted cursó estudios doctorales en la *Universitat Pompeu Fabra*?

Prof. Claudio Quintana:

Sí, yo estoy cursando mi doctorado en la Universidad Pompeu Fabra, que se encuentra en Barcelona.

Entrevistadora:

Está cursando actualmente su doctorado, ¡lo felicito!

Señala que es una de las instituciones europeas con mayor tradición penalista. De esta experiencia. ¿Qué diferencias percibe usted entre el debate penal chileno y el europeo? Y, ¿Cómo dialogan ambas corrientes en su propio trabajo académico?

Prof. Claudio Quintana:

Comencé mi doctorado a fines del año 2023, investigando una institución dogmática del derecho penal alemán llamada *Wahlfeststellung*. Se trata de una figura muy característica y llamativa, propia de la cultura jurisprudencial alemana, que surge cuando los jueces tienen dudas epistémicas relevantes sobre si una persona ha cometido el delito A o el delito B, pero tienen la convicción de que cometió uno de ellos. En esos casos, la sentencia condena al sujeto como autor de *uno u otro* delito, sin especificar cuál de ellos, reflejando simbólicamente una infracción a ambas normas de conducta posibles.

Este fenómeno ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia alemana y, más recientemente, también ha comenzado a aparecer en la jurisprudencia española. En Chile, en cambio, no contamos con casos expresos de *Wahlfeststellung*. Sin embargo, el profesor Enrique Curi lo aborda brevemente en su conocido manual de Derecho Penal, Parte General. Y, aunque no se ha reconocido explícitamente en nuestras sentencias, sí existen situaciones en las que los tribunales enfrentan dudas similares respecto de la configuración de un delito, y resuelven esos casos de manera ad hoc, con soluciones que podrían considerarse funcionalmente equivalentes.

Entrevista - Claudio Quintana

Mi investigación se enmarca, entonces, en el análisis de cómo los jueces y juezas — en Alemania, España y Chile— enfrentan estas dudas epistémicas al momento de dictar sentencia. Tradicionalmente, la intuición jurídica indica que, ante la duda, debe aplicarse el principio *in dubio pro reo*, lo que implica absolver si no se supera el estándar de la duda razonable. Esa intuición me parece correcta y está respaldada tanto como principio como regla. Sin embargo, requiere ciertos matices. El estándar probatorio de “más allá de toda duda razonable” no exige certeza absoluta: permite que subsistan algunas dudas. Entonces, la pregunta fundamental pasa a ser: ¿cuál es el umbral de duda que, aun persistiendo, permite legítimamente condenar?

Este debate ha sido desarrollado en profundidad en la jurisprudencia alemana, en parte en la española, y —aunque con menos sistematicidad— también en la práctica judicial chilena, a través de instituciones diversas. En el caso alemán, la *Wahlfeststellung* representa una de esas formas de lidiar con la duda razonable de manera estructurada.

Ahora bien, si comparamos estas tradiciones jurídicas, podemos decir que Alemania, España y Chile enfrentan desafíos dogmáticos similares. No obstante, el debate alemán y el español — y, por cierto, el anglosajón— se encuentran más avanzados, en parte por la profundidad histórica de sus respectivas tradiciones en torno al realismo jurídico, la creación judicial y los límites del principio de legalidad.

En Chile también contamos con escuelas muy sólidas que abordan estos debates, y me parece destacable un rasgo distintivo de nuestra práctica jurídica: a diferencia del derecho anglosajón, el derecho

continental —y particularmente el chileno— se ha desarrollado con una fuerte impronta legalista. En el ámbito penal, esto se traduce en una búsqueda permanente de soluciones que se ajusten estrictamente al principio de legalidad, lo que es razonable y deseable ex ante.

Sin embargo, en la práctica, muchas veces no encontramos una norma legal que dé respuesta clara al problema jurídico concreto. Frente a eso, los tribunales chilenos suelen construir soluciones interpretativas o integradoras que permiten resolver el caso. Es decir, somos legalistas, pero a la vez pragmáticos. Podría decirse que practicamos un legalismo pragmático, lo que resulta una característica interesante de nuestra cultura judicial.

Entrevistadora:

En proceso.

Prof. Claudio Quintana:

Claro, una de las diferencias que he observado es que en otros contextos — particularmente en Europa continental— el legalismo se entiende en un sentido mucho más estricto. En cambio, en Chile, si bien también somos legalistas, lo somos de manera más flexible. Diría que esa es una diferencia fundamental: la relación con la legalidad. Mientras allá se privilegia una interpretación rigurosamente ajustada a la norma, aquí adoptamos una aproximación más pragmática, que busca soluciones aun cuando la norma aplicable no sea del todo clara o específica.

La segunda diferencia, y esta es más específica respecto a mi experiencia en la Universitat Pompeu Fabra, donde estoy realizando mi doctorado, tiene que ver con la tradición teórica que predomina en esa casa de estudios. La Pompeu Fabra se caracteriza por un enfoque normativista del derecho penal. Esto significa que el

Entrevista - Claudio Quintana

análisis dogmático parte por identificar con precisión cuál es la norma de conducta involucrada, y cómo se articulan las normas de conducta y las normas de sanción en un caso concreto. Esa estructura conceptual es central y constituye una herramienta metodológica distintiva.

En Chile, aunque utilizamos muchas de esas herramientas y compartimos ese lenguaje conceptual, no creo que exista una escuela tan claramente normativista como la de la Pompeu. Allí, ese enfoque no es solo un recurso metodológico: forma parte del modo en que se conciben y abordan los problemas dogmáticos desde la raíz.

Entrevistadora:

Y la tercera pregunta, va sobre que, a partir de su trabajo en conjunto con la Academia judicial, usted ha reflexionado sobre la función práctica de la parte general del derecho penal ¿Considera que la dogmática penal sigue siendo un lenguaje compartido entre jueces, fiscales, defensores, o si más bien, se ha transformado en una herramienta cada vez más distante de la práctica? ¿Qué espacio detecta para fortalecer este puente entre teoría y aplicación?

Prof. Claudio Quintana:

Esa es una muy buena pregunta, y de hecho existen estudios que se han dedicado a analizar precisamente ese tema. Mi acercamiento a la Academia Judicial se dio a través de una colaboración con el colega Dr. Luis Emilio Rojas, de la Universidad de Chile. Ambos postulamos a un concurso de materiales docentes convocado por la Academia Judicial, con una propuesta que consistía en elaborar un breviario que abordara aspectos dogmáticos elementales del derecho penal,

a partir de casos emblemáticos y pautas orientadoras para su análisis.

Nuestra propuesta fue bien recibida y finalmente nos adjudicamos el concurso. En ese marco, desarrollamos un texto que adopta la forma de un *Cuaderno Jurídico* de la Academia Judicial. Este material tiene por objeto analizar temáticas fundamentales del Derecho Penal, específicamente de la parte general. Seleccionamos diez temáticas que abarcan desde la causalidad hasta la determinación de la pena, y cada una de ellas es abordada desde cuatro dimensiones:

1. Una introducción al problema dogmático, que describe su relevancia práctica y conceptual.
2. El análisis de un caso emblemático que represente un desafío interpretativo o jurisprudencial en torno al tema.
3. Una síntesis doctrinal y jurisprudencial que permita contextualizar el problema y sus posibles soluciones.
4. Finalmente, la entrega de pautas orientadoras para la labor jurisdiccional, es decir, orientaciones prácticas dirigidas a juezas y jueces para enfrentar casos similares en su quehacer diario.

Este fue mi primer acercamiento a la Academia Judicial, y considero que fue una experiencia muy enriquecedora desde el punto de vista técnico. Me sacó el sombrero ante la labor que realiza la Academia: creo que cumple un rol fundamental para el sistema de justicia y para el fortalecimiento de la democracia. Opera con eficiencia, con oportunidad, y con una mirada estratégica respecto de los desafíos que enfrenta el Poder Judicial.

Entrevista - Claudio Quintana

En relación con la segunda parte de la pregunta —sobre la relación entre el lenguaje dogmático y el lenguaje judicial—, creo que hay una tensión interesante. A veces, el lenguaje técnico de la dogmática penal genera cierta distancia entre la academia, los defensores, los fiscales y los jueces. Pero en otras ocasiones, ese lenguaje funciona como un puente: constituye un lenguaje común, compartido por diversos operadores jurídicos, que permite cierta homogeneidad en la forma de argumentar y decidir.

La Academia Judicial tiene, en este punto, un rol clave. Actúa como una institución que permite el acercamiento entre quienes operan diariamente en el sistema y quienes producen conocimiento desde la universidad. Justamente, ese fue el objetivo del texto que desarrollamos con el Dr. Rojas, titulado *"Derecho penal. Aspectos esenciales de la parte general para la práctica y la labor jurisdiccional"*. Buscamos que el lenguaje dogmático tuviera una traducción práctica y accesible para los jueces, sin perder precisión conceptual, contribuyendo así a disminuir esa brecha entre el mundo académico y el judicial.

Ahora bien, tampoco se trata de negar que esa brecha exista. Hay segmentos del lenguaje dogmático que todavía permanecen en niveles de dicotomía o entropía respecto del lenguaje judicial. Pero también hay una zona intermedia donde existe consenso y donde el lenguaje compartido opera de manera efectiva. De hecho, no podría ser de otra forma: no sería aceptable que el lenguaje que utilizan las universidades para enseñar dogmática penal estuviera completamente desvinculado del que aparece en las sentencias judiciales.

Sin embargo, hay que tener presente que esta es una pregunta que debe pensarse también en términos de ritmos distintos. El lenguaje del Poder Judicial opera bajo una lógica de inmediatez: debe ser aplicado en la resolución cotidiana de conflictos, en tiempo real. En cambio, el lenguaje académico se construye, por decirlo así, más lentamente. Es más reflexivo, se demora en conceptualizar y cristalizar ideas. Pero una vez que logra consolidarse, ese lenguaje comienza a permear el sistema, transformándose en parte del acervo común del derecho.

Entrevistadora:

Qué interesante. En este trabajo usted también propone una lectura normativa funcional de la imputación objetiva. Desde su perspectiva, ¿En qué medida los tribunales penales chilenos han logrado aplicar correctamente las categorías de creación de un riesgo no permitido y de realización del riesgo? ¿Detecta acaso usted área como el derecho penal económico o ambiental, donde esta doctrina aún no ha sido plenamente incorporada?

Prof. Claudio Quintana:

La imputación objetiva, si se le reconoce el estatus de teoría, debe entenderse como una construcción propia del derecho penal funcional. Se enmarca dentro del funcionalismo o postfinalismo, corriente representada principalmente por autores como Claus Roxin, Günther Jakobs y Wolfgang Frisch. En el ámbito latinoamericano —y en particular en Chile— también han trabajado desde esta perspectiva juristas como Luis Emilio Rojas, Mauricio Rettig y Juan Luis Modolell.

En términos generales, la imputación objetiva es una teoría funcionalista que

Entrevista - Claudio Quintana

permite abordar tanto la tipicidad objetiva como la subjetiva, aplicando criterios normativos derivados del ordenamiento jurídico en su conjunto. Uno de estos criterios fundamentales es, por ejemplo, la relevancia del bien jurídico afectado. Esta perspectiva permite trascender la mera causalidad empírica y situar el análisis de la imputación en un plano normativo.

Uno de los principales aportes de la imputación objetiva es que busca corregir los límites de la teoría de la causalidad, especialmente en los delitos de resultado. Por ejemplo, si aplicáramos de forma estricta la teoría de la causalidad, podríamos llegar a conclusiones absurdas, como considerar que los padres de un autor de un delito también son causas del resultado, bajo la lógica del *regressus in infinitum*. La imputación objetiva interrumpe ese razonamiento infinito, estableciendo filtros normativos que permiten imputar jurídicamente un resultado solo cuando exista un nexo relevante desde el punto de vista del ordenamiento.

Ahora bien, existen otras formas de corregir este problema dependiendo de la escuela dogmática que se adopte. Los finalistas ubicaban el límite en la tipicidad subjetiva, particularmente en el dolo. Los penalistas analíticos, en cambio, tienden a separar los niveles de imputación fáctica e imputación jurídica, por lo que no necesariamente requieren una teoría como la de la imputación objetiva para resolver estos casos. Sin embargo, la teoría de la imputación objetiva ha tenido un importante desarrollo práctico y ha sido, en cierta medida, recepcionada por la jurisprudencia.

En Chile, aunque todavía de forma incipiente, los tribunales han comenzado a aplicar esta teoría, especialmente en

delitos de resultado. Un ejemplo claro es el caso *Johnny Herrera*, así como el caso *ADN Nutricomp*. En ambos, los tribunales abordaron primero la causalidad y luego aplicaron criterios de imputación objetiva para evaluar la relevancia del resultado. Si bien no se ha desarrollado una aplicación sistemática o completa de la teoría en toda su dimensión dogmática, se observa una tendencia a utilizar algunos de sus elementos como herramienta argumentativa.

En lo que respecta a los delitos económicos y medioambientales, la utilización de la imputación objetiva es aún más limitada. En el caso del delito de estafa —que puede ser considerado un delito de resultado— no he observado una referencia explícita a esta teoría por parte de la jurisprudencia. Tampoco en el ámbito del derecho penal ambiental. No obstante, sí se utilizan ciertos criterios normativos que denotan una aproximación funcional al derecho penal, en el sentido de aplicar principios que trascienden el dato puramente causal.

En resumen, la imputación objetiva, como teoría funcional, ha tenido un impacto importante en la evolución del análisis penal moderno. Aunque en Chile su incorporación es aún incipiente y fragmentaria, representa una vía relevante para dotar de mayor coherencia y legitimidad a la imputación de responsabilidad penal en delitos complejos.

Entrevistadora:

Cambiando de tema, respecto a su investigación, “Historia del delito de prevaricación, origen, desarrollo y recepción del sistema jurídico chileno”, a partir de su análisis sobre los orígenes históricos del delito de prevaricación, que permite raíces en el derecho romano y en

Entrevista - Claudio Quintana

las instituciones jurídicas occidentales. ¿Cómo valora la evolución conceptual y normativa de esta figura hasta su configuración actual en el ordenamiento penal chileno?

Prof. Claudio Quintana:

Es una pregunta muy interesante, porque si bien existen artículos que abordan la historia del delito de falsedad documental, en Chile no había —hasta donde sé— un estudio que explorara de manera sistemática la historia del delito de prevaricación, desde sus orígenes romanos hasta su recepción en nuestro ordenamiento jurídico. Y es un delito cuya evolución es particularmente ilustrativa, ya que atraviesa distintas fases históricas que reflejan la transformación de las estructuras de poder y justicia.

La primera noción de prevaricación se encuentra en el concepto de *prevaricatio* en el derecho romano. Literalmente, esta palabra significa “tener las piernas en dos lados” o “desviarse del camino recto”. Originalmente, se trataba de una conducta atribuida al abogado —no aún al juez— que defendía simultáneamente intereses contrapuestos: es decir, estaba vinculado tanto a su propio cliente como a la parte contraria. Esta era una traición a la lealtad profesional y, por tanto, se configuraba como una forma grave de deslealtad procesal.

Con el tiempo, sin embargo, la prevaricación comenzó a adquirir un nuevo perfil. Ya no se limitaba al abogado, sino que comenzó a referirse a la conducta de quienes administran justicia —jueces o magistrados— cuando transgreden las reglas que deben limitar el ejercicio de su poder. En los primeros momentos, las prevaricaciones eran vistas como actos que atentaban contra las normas impuestas por los Reyes. En Roma, por ejemplo, se decía

que prevaricaba quien actuaba en contra de las constituciones imperiales. Así, desde sus primeras formulaciones, la prevaricación se fue configurando como un delito que supone el abuso del poder judicial frente a los límites normativos establecidos por otra autoridad.

Más adelante, ya en la península ibérica, y especialmente hacia fines del siglo XVIII y comienzos del XIX —tras la Revolución Francesa y con la promulgación de la Constitución de Cádiz— la figura de la prevaricación adquirió un nuevo sentido en el marco de la consolidación del Estado de derecho y la separación de poderes. En este contexto, el delito de prevaricación comenzó a entenderse como la conducta del juez que falla contra ley expresa o que dicta una resolución manifiestamente injusta. Es decir, se pasó a considerar como prevaricación no solo el actuar en contra de normas superiores, sino también el ejercicio arbitrario de la función judicial en desmedro de las atribuciones del legislador.

Esta evolución convierte a la prevaricación en una herramienta central para controlar al Poder Judicial, evitando que se convierta en un poder arbitrario. La finalidad última del tipo penal, entonces, es garantizar que los jueces actúen dentro del marco normativo que ha sido definido democráticamente por el legislador. Esto se refleja también en otros tipos penales relacionados, como la prevaricación por cohecho, donde el juez es sobornado para dictar una sentencia injusta o contraria a derecho.

No obstante, esta evolución histórica también pone de relieve un problema dogmático importante: mientras que el tipo penal de fallar contra ley expresa parece relativamente claro, el

Entrevista - Claudio Quintana

contenido de la prevaricación por dictar una sentencia *manifiestamente injusta* sigue siendo ambiguo. ¿Qué significa, en términos jurídicos estrictos, que una sentencia sea manifiestamente injusta? ¿Cuáles son los criterios para afirmarlo? La historia del delito entrega ciertas luces interpretativas, pero en un Estado de derecho resulta complejo utilizar esa historia como fuente directa de contenido normativo aplicable, especialmente si no se establece un marco dogmático riguroso que delimite cuándo se cruza esa frontera entre la interpretación errada y la prevaricación penalmente relevante.

En suma, el delito de prevaricación ha transitado desde una figura vinculada a la deslealtad procesal del abogado, hasta convertirse en una institución que busca garantizar el sometimiento del poder jurisdiccional a las reglas del Estado de derecho. No obstante, su aplicación práctica —especialmente en la vertiente de la sentencia manifiestamente injusta— sigue siendo objeto de discusión y requiere mayor precisión conceptual y jurisprudencial.

Entrevistadora

Considerando su estudio también sobre la evolución del delito de prevaricación, desde su antecedente histórico hasta su codificación en el siglo XIX en Chile, ¿cuáles diría usted que han sido los hitos doctrinales o legislativos más significativos en esta trayectoria?

Prof. Claudio Quintana

Hay un hito particularmente interesante en la historia legislativa chilena respecto del delito de prevaricación. Antes de la existencia del Código Penal de 1874, las distintas formas de prevaricación se encontraban dispersas en múltiples cuerpos normativos, reguladas de manera

fragmentaria. Por ejemplo, algunas hipótesis estaban contempladas en leyes sustantivas, mientras que otras se encontraban en normas de carácter procesal.

Cuando se conforma la Comisión Redactora encargada de elaborar el Código Penal, uno de los desafíos que identifica es precisamente esta dispersión normativa. Los redactores se dan cuenta de que el sistema jurídico chileno castigaba diversas formas de prevaricación en distintos lugares, sin una sistematización coherente. Por ello, toman la decisión de unificar esas diversas manifestaciones en un solo título del Código.

Ese proceso de codificación dio lugar a un hito relevante: la consolidación del tratamiento de la prevaricación en una estructura sistemática, específicamente a partir del artículo 223 del Código Penal y siguientes. La Comisión reunió bajo un mismo título tanto las formas de prevaricación sustantiva —como fallar contra ley expresa o dictar sentencia manifiestamente injusta— como las formas de prevaricación procesal, relacionadas con el uso indebido de facultades jurisdiccionales en el desarrollo del proceso.

Esta sistematización no solo refleja una voluntad de orden técnico legislativo, sino también una definición más clara del objeto de protección del tipo penal: el correcto ejercicio de la función jurisdiccional sea en su dimensión sustantiva o procedimental. Desde entonces, el derecho penal chileno contempla de manera orgánica ambas manifestaciones del abuso judicial bajo el mismo marco dogmático, lo que representa un avance importante en términos de técnica legislativa y de coherencia sistemática.

Entrevista - Claudio Quintana

Entrevistadora:

Se construyó como un criterio.

Prof. Claudio Quintana

Efectivamente, la decisión de reunir en un solo lugar las distintas formas de prevaricación dentro del Código Penal —tanto las de carácter sustantivo como las procesales— ofrece indicios importantes respecto de la voluntad del legislador originario. Esa codificación sugiere que la prevaricación fue concebida como un único delito, aunque con múltiples manifestaciones, todas ellas referidas a un mismo bien jurídico: la correcta administración de justicia. La afectación puede variar en su modalidad, pero el interés protegido permanece unitario.

Otro hito relevante en el tratamiento dogmático de la prevaricación tiene que ver con su ubicación dentro de un conjunto más amplio de delitos que afectan a la administración de justicia. La prevaricación, en efecto, no opera aislada, sino que forma parte de un cuerpo normativo que incluye otras figuras como la obstrucción a la justicia, el falso testimonio, el encubrimiento, entre otras. En ese sentido, uno de los avances más significativos —aunque aún incipiente— ha sido el intento por conceptualizar estos delitos como una categoría propia dentro del sistema de la parte especial del derecho penal, con características sistemáticas, criterios específicos y principios aplicables distintos de los que rigen otras ramas delictivas.

Sin perjuicio de que existen artículos y autores que han abordado parcialmente estos temas, aún falta un desarrollo más acabado que dé cuenta de la especificidad de estos delitos dentro del sistema penal. La categoría de los delitos contra la administración de justicia merece una elaboración dogmática autónoma, que

reconozca su lógica interna y permita abordarla no solo desde el punto de vista funcional, sino también en su dimensión estructural y simbólica. En ese universo, la prevaricación ocupa un lugar central, pero no exclusivo.

En resumen, destacaría dos hitos relevantes: primero, la unificación de las diversas formas de prevaricación en un solo título del Código Penal, lo que refuerza la idea de un bien jurídico común; y segundo, el progresivo —aunque aún insuficiente— reconocimiento de los delitos contra la administración de justicia como una categoría sistemática diferenciada dentro de la parte especial del derecho penal.

Entrevistadora

Desde su perspectiva, usted que analiza cómo las doctrinas jurídicas y las ideas políticas han impactado en la conceptualización de la responsabilidad judicial. ¿Cómo se expresa esa influencia en la actual regulación chilena del delito de prevaricación y en la responsabilidad penal de los jueces?

Prof. Claudio Quintana

Le responderé así: en un Estado de derecho, cuando se trata de personas que ejercen funciones dentro de los poderes del Estado —ya sea en el Parlamento, en el Ejecutivo o en el Poder Judicial— debe existir una doble dimensión: por una parte, el principio de responsabilidad penal de las autoridades públicas, y por otra, un régimen de especial protección en cuanto a la forma en que esa responsabilidad se activa y se ejerce.

Parto de la base de que todas las autoridades, sin distinción, pueden ser penalmente responsables. Si un parlamentario, un juez o un ministro de Estado comete un delito, debe asumir las

Entrevista - Claudio Quintana

consecuencias jurídicas correspondientes, incluida la aplicación de una pena. No hay excepción a ese principio básico de responsabilidad penal.

Sin embargo, también creo que el propio diseño del Estado de derecho impone una necesidad de protección reforzada hacia quienes ejercen funciones de poder público. ¿Por qué? Porque en contextos democráticos siempre existe una disputa permanente por el poder político, y esa disputa puede derivar en el uso instrumental del derecho penal como mecanismo de ataque o deslegitimación. Si no existiera un régimen de protección institucional, podríamos terminar en una situación en que permanentemente se acuse a parlamentarios de injurias o calumnias, a jueces de prevaricación, o a ministros de actos de corrupción, muchas veces sin fundamento suficiente, pero con un alto impacto político o simbólico.

Por lo tanto, el Estado de derecho debe articular una forma de protección que no implique impunidad, sino garantías procesales reforzadas. En el caso del Poder Judicial chileno, esa función la cumple una institución específica: la querella de capítulos.

La querella de capítulos funciona como un mecanismo de *antejuicio*, comparable al desafuero parlamentario. Para que un juez o jueza pueda ser perseguido penalmente —en especial por el delito de prevaricación— es necesario que previamente se admita esta querella, en la cual se analiza si hay mérito suficiente para autorizar la apertura de un procedimiento penal. Recién una vez superado ese umbral, el juez puede ser sometido a un proceso ordinario.

Desde una perspectiva sistemática y política, considero que la querella de capítulos es una institución correcta y

necesaria. Permite proteger la independencia judicial y evitar que la función jurisdiccional sea objeto de presiones indebidas o de ataques infundados, especialmente considerando lo complejo que puede ser calificar una resolución como “manifiestamente injusta” o como dictada “contra ley expresa”.

Sin embargo, también es cierto que esta figura ha sido objeto de una aplicación restrictiva, al punto que, en la práctica, ha impedido casi completamente la configuración del delito de prevaricación. Es decir, aunque comparto que debe existir una protección reforzada para las autoridades que ejercen funciones públicas, también advierto que la utilización empírica de la querella de capítulos ha derivado en una especie de inmunidad de facto frente al delito de prevaricación.

Por tanto, lo que se requiere es un equilibrio. La existencia de filtros o antejuicios como la querella de capítulos resulta coherente con un modelo de Estado de derecho que protege la función pública y su integridad. Pero si ese mecanismo termina operando como una barrera absoluta que imposibilita cualquier forma de responsabilidad penal, entonces se vacía de contenido el principio mismo de responsabilidad. Ahí sí hay un problema que debe abordarse, tanto desde la dogmática como desde la política criminal.

Entrevistadora:

Bueno y la última pregunta es en relación con el lugar que ocupa hoy el delito de prevaricación en el sistema judicial chileno. ¿Qué relevancia atribuye usted a su regulación como herramienta para preservar la integridad institucional y el correcto funcionamiento de la judicatura?

Entrevista - Claudio Quintana

Prof. Claudio Quintana:

Creo que el delito de prevaricación debe mantenerse en el ordenamiento jurídico chileno. Sin embargo, es urgente avanzar hacia una mayor precisión dogmática en su definición, especialmente en lo que respecta a la hipótesis de la sentencia *manifiestamente injusta*. Hoy en día, persisten ambigüedades conceptuales que dificultan su aplicación y que han contribuido, en la práctica, a su casi total ineficacia.

Existen algunos esfuerzos en esta dirección. Por ejemplo, el doctor Luis Emilio Rojas ha intentado abordar este tema en algunos de sus trabajos, y diversos manuales de parte especial hacen referencia a la figura. No obstante, aún falta una elaboración más sistemática, lúcida y técnicamente rigurosa que permita comprender de manera clara y estructurada las múltiples hipótesis del delito de prevaricación en Chile.

Sabemos, en términos generales, que el bien jurídico protegido es la administración de justicia. Sin embargo, esa formulación resulta demasiado amplia y, en cierto modo, insuficiente. A mi juicio, sería necesario especializar dogmáticamente esta figura, identificando con claridad los deberes funcionales específicos que se vulneran en cada una de sus modalidades típicas. Solo a partir de un análisis dogmático profundo se podrá

delimitar adecuadamente la conducta punible y distinguirla, por ejemplo, de un error de derecho susceptible de corrección mediante un recurso de nulidad.

En ese mismo sentido, echo en falta una discusión más robusta en la jurisprudencia sobre los contornos de la prevaricación. No se ha debatido lo suficiente, ni en sede doctrinal ni en sede judicial, cuál es el límite entre la prevaricación y otras figuras que no implican responsabilidad penal, pero sí responsabilidad jurídica o institucional, como los errores interpretativos graves.

Por último, creo que también se requiere una revisión crítica del papel que cumple hoy la *querella de capítulos*, en cuanto mecanismo previo necesario para perseguir penalmente a jueces y juezas por el delito de prevaricación. Si bien esta institución tiene sentido dentro de una lógica de protección del Poder Judicial frente a presiones indebidas, su funcionamiento actual ha tenido el efecto —no necesariamente deseado— de bloquear completamente la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad penal por prevaricación. En ese sentido, sería necesario repensar su función, límites y condiciones de aplicación, para evitar que se transforme en una barrera infranqueable incompatible con el principio de responsabilidad de los agentes del Estado.

Entrevista - Rafael Blanco

La Reforma Procesal Penal como proyecto país: Entrevista con el profesor Rafael Blanco

Entrevistador Michael Ocampo

Entrevistador:

Buenos días, profesor Blanco. Para comenzar y con la intención de conocer sus inicios académicos en el derecho procesal penal: usted cuenta con una extensa trayectoria, tanto desde la academia como desde el servicio público. ¿Qué lo llevó a inclinarse por una disciplina tan determinante y al mismo tiempo tan sensible como la que regula el ejercicio del poder punitivo del Estado?

Prof. Rafael Blanco:

A ver, voy a tratar de abreviar esta respuesta. Desde que estudiaba Derecho en la Universidad Católica me gustó mucho el ámbito público y el ámbito de servicio. Dentro de eso, me llamaban mucho la atención las políticas públicas. Entonces, siempre tuve la inclinación de trabajar en el sector público, en todo lo que tenía que ver con la administración del Estado.

Pero mis primeros pasos no fueron en la administración del Estado, sino en centros de pensamiento, en centros de estudio. Ahí fue que el profesor Gonzalo García, a quien conocía desde la Facultad de Derecho de la UC me llevó a trabajar al Centro de Estudio del Desarrollo. El profesor García estaba a cargo de un proyecto de temas de seguridad ciudadana y me invitó a ser parte de ese proyecto. Ese fue mi primer espacio de trabajo vinculado a los desafíos de políticas públicas. Desde ahí realicé asesoría al gobierno a propósito de mejoras en las políticas públicas de

persecución criminal. Ahí partió mi vida laboral en los temas de justicia.

Luego de eso trabajé en algunos temas de probidad y transparencia en el gobierno de Eduardo Frei donde generamos las primeras reglas de control de conflictos de interés y los cimientos de la futura ley de transparencia y acceso a información pública. Desde ahí me fui a trabajar al Ministerio de Justicia, que entonces dirigía Soledad Alvear. Eso marca un hito, porque ahí comencé como asesor de estudios, luego asumí como jefe de la División Jurídica del Ministerio, la que tenía a su cargo la tramitación de la reforma procesal penal. La Reforma completa era un proyecto de enorme envergadura: tenía el código procesal penal, la ley orgánica del Ministerio Público, la Ley de la Defensoría Penal, la reforma constitucional y una reforma al Código Orgánico de Tribunales. Era tan complejo que el presidente Frei y la ministra decidieron crear una Unidad Coordinadora, y yo asumí como Coordinador Nacional del proceso de reforma. Ese fue el origen de mi vínculo con el proceso penal; me gustaba mucho lo que estábamos haciendo, tenía una dimensión de transformación sustantiva del Estado, tanto normativa como orgánica e institucional.

Ese proyecto supuso que estuviera 4 años en el Congreso Nacional porque, junto a Raúl Tavolari (de la Universidad de Chile) y Cristián Riego (de la Universidad Diego Portales), teníamos a cargo el tramitar todo este conjunto de

Entrevista - Rafael Blanco

reformas. De hecho, nos pasamos 2 años en la Cámara de Diputados y dos años en el Senado, todas las semanas, presentando, debatiendo y defendiendo la reforma. Cuando ese periodo concluyó, el que fue muy satisfactorio y demandante a la vez, empecé un proceso de formación y capacitación en América Latina de jueces, fiscales y defensores, y ahí fue también cuando me incorporé a la Universidad Alberto Hurtado. Junto a Pedro Irureta, Max Prado y Javier Arévalo, nos convocó el Padre Fernando Montes para formar la Facultad de Derecho. Uno de nuestros ejes centrales como proyecto naciente fue colaborar con el proceso de instalación de la reforma. Esos fueron los orígenes en los que la Universidad comenzó a capacitar a todos los actores, literalmente de Arica a Punta Arenas. Creo que no dejamos ningún rincón sin capacitar en un equipo que resultó muy incidente y valioso.

Quiero decirles, sin embargo, algo casi anecdótico: cuando yo estudié derecho procesal penal en la universidad, creo que era el ramo que menos me gustaba era el derecho procesal. Una materia aburrida, que estudiaba un modelo inquisitivo y desastroso.

Entrevistador:

¿O sea que su interés por el derecho procesal penal vino con posterioridad a sus estudios de pregrado?

Prof. Rafael Blanco:

Mucho después. Claro, todo esto más bien estuvo ligado a un proceso de transformación más global de la justicia penal en Chile que marcó a toda una generación, por cierto.

Entrevistador:

Perfecto. Siguiendo pregunta. Sabemos que ha realizado estudios de posgrado en diferentes países y ha tenido un rol fundamental en la formación de operadores tanto en Chile como en el extranjero. Desde esa experiencia comparada, ¿cuáles son los principales contrastes entre los modelos latinoamericanos y los europeos o norteamericanos?

Prof. Rafael Blanco:

A ver, yo creo que en América Latina en general tuvimos una fuerte influencia de la realidad europea continental, particularmente de España. Chile siempre copió la legislación penal y procesal penal española en su historia. En materia procesal copiamos el modelo inquisitivo vigente en España hasta fines del siglo XIX. Ese modelo inquisitivo nos acompañó por más de 100 años hasta que la reforma inició el año 2000.

Mientras, la influencia europea permitió a otros países transformar sus modelos inquisitivos en mixtos. Nosotros no hicimos eso y permanecemos con la vieja estructura del inquisitivo más puro de la región.

Cuando se hizo nuestro proyecto de código procesal penal, una comisión con notables académicos como Jorge Bofill, Cristián Riego, Mauricio Duce, María Inés Horvitz y Juan Enrique Vargas tuvieron a la vista distintas experiencias: europeas continentales, anglosajonas, y también los primeros códigos acusatorios de la región, como los de Guatemala y El Salvador. Esas últimas reformas tuvieron mucha influencia de dos monstruos del proceso penal, como fue Julio Maier y es Alberto Binder. Luego, en el Ministerio de Justicia y el Congreso, se hicieron adaptaciones a ese proyecto original.

Entrevista - Rafael Blanco

¿Qué quedó finalmente? Un código con fuertes influencias de modelos europeo continentales, como la ordenanza procesal penal alemana o el código italiano. Sobre todo la fase de investigación y la intermedia tuvieron influencia del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica y de esos códigos latinoamericanos. Pero la parte de juicio, a diferencia de otros países de la región, tuvo una estructura mucho más semejante al litigio anglosajón, más adversarial. Fue una mezcla de orientaciones que generó un código que, a mi juicio, satisfacía bastante las expectativas de una nueva justicia.

Entrevistador:

Perfecto. Profe, tercera pregunta sobre su trabajo como autor y su visión sobre la producción de doctrina. A lo largo de su carrera ha publicado libros de suma relevancia en litigación estratégica, probablemente reconociendo una carencia. ¿Percibe hoy una transformación en la forma en que se enseña y aplica la litigación penal en Chile?

Prof. Rafael Blanco:

A mí me parece que sí, que hubo una transformación muy radical. La enseñanza del derecho procesal fue una herramienta clave para cambiar prácticas, culturas y modos de comprensión de los roles. En Chile fue particularmente desafiante, porque no teníamos Ministerio Público, no había una institución especializada de defensa penal y los jueces eran investigadores que a la vez juzgaban. La capacitación cumplió un rol sustantivo para instalar la reforma frente a las resistencias.

Al inicio, con un grupo académico, creamos la "simulación interinstitucional"

con la Academia Judicial, el naciente Ministerio Público y defensores penales, para transformar el código en la lógica de audiencias. Tomamos experiencias anglosajonas y europeas. Todo ello permitió generar una cultura de audiencias orales donde se discutieran y adoptaran decisiones relevantes. Esto se transmitió luego a las universidades de manera más lenta. La Universidad Alberto Hurtado, la Diego Portales, la Católica de Temuco y la Católica del Norte tuvieron un liderazgo enorme. Nuestros equipos no solo dejaron huella en Chile, sino en toda América Latina, capacitando en Centroamérica, México, a través de diplomados hacia Argentina, Uruguay, Perú, entre otros.

(...) Ese proceso de formación necesitaba materiales. Al inicio fueron guías prácticas, pero luego vimos que tendían a rutinizarse. Ahí, junto a Leonardo Moreno, Hugo Rojas, Mauricio Decap y Eduardo Gallardo, fuimos generando textos más sofisticados de litigio estratégico que se usan bastante hoy, a nivel nacional e internacional. Creo que los operadores los utilizan mucho.

Entrevistador:

Ahí ya respondió casi toda la pregunta. La siguiente es: su experiencia no se limita a la academia, pues fue un actor clave en la implementación de la reforma. ¿De qué forma esta experiencia institucional ha influido en su labor docente o en su mirada sobre el derecho?

Prof. Rafael Blanco:

A ver, yo creo que ha influido bastante. Hay dos maneras de ver la universidad: una como un espacio que reflexiona en lógicas teóricas sin dialogar con la realidad. Mi pasada por el mundo público me enseñó que los cambios no son

Entrevista - Rafael Blanco

solo modificaciones legales, sino que necesitan incidir en prácticas, concepciones y cambios organizacionales. Hay que entender los procesos de trabajo y cómo evaluar su éxito.

El mundo académico tuvo también una incidencia importante en la evaluación de la reforma. El Congreso nos convocó años después para ver qué operaba bien y qué mal, haciendo una revisión de Carabineros, el Ministerio Público y la Defensoría para generar transformaciones. De hecho, hemos modificado varias veces el código. Entonces, la mirada sobre cómo funciona lo público me ayudó a entender la necesidad de acompañar los procesos de reforma, incidir en las prácticas y en las mejoras institucionales.

Entrevistador:

Perfecto. Nuevamente retomando la reforma, este año se conmemoran 25 años de su entrada en vigencia. ¿Hay alguna dimensión del proceso penal que hoy le parezca especialmente crítica o urgente de repensar?

Prof. Rafael Blanco:

A ver, es difícil para las nuevas generaciones dimensionar la profundidad de la transformación. Pasamos de un sistema con unos 200 jueces que lo hacían todo en secreto, con altos niveles de corrupción, causas que duraban 6 años y donde el 70% de la población penal era preventiva, a un sistema oral con instituciones nuevas. Se redujeron los tiempos de respuesta a menos de un año, aumentaron las condenas, se invirtió la ratio de presos (65% condenados, 35% sin condena) y se aseguraron mejor las garantías.

Ahora, esa realidad se fue desdibujando. A partir de 2017, luego con el estallido social y la pandemia, la realidad político-criminal se transformó radicalmente. Se instaló el crimen organizado transnacional. Un código pensado para una delincuencia de mediana complejidad ya no fue suficiente. Por eso se han hecho tantas modificaciones: se incorporó el agente encubierto, el cooperador eficaz, el informante, se dieron más atribuciones a la policía y se crearon unidades nuevas en el Ministerio Público como las ECOH y la fiscalía supraterritorial.

El Ministerio Público procesa alrededor de 1.700.000 causas anuales de manera eficiente, pero donde hoy se ve más urgido es en mostrar éxitos en la persecución de criminalidad compleja. Hay avances, condenas a organizaciones criminales, pero es un proceso mucho más exigente. Estamos en una transición hacia un modelo que debe ser exitoso también en eso.

Entrevistador:

Claro. Y finalmente, desde toda su experiencia como diseñador de políticas, académico y litigante, ¿cuál diría que ha sido su mayor aprendizaje personal en este recorrido?

Prof. Rafael Blanco:

Yo creo que cada etapa tiene aprendizajes distintos. En lo público, tuve la suerte de trabajar con líderes como Soledad Alvear, cuya convicción y disciplina para empujar la reforma fue notable. Aprendí a navegar el ejecutivo y el legislativo. El parlamento de esa época no recibió el reconocimiento por la seriedad con que tomó este trabajo.

Entrevista - Rafael Blanco

Aprendí la importancia de la política y la convicción en el servicio público.

Luego, dejar ese espacio de urgencias por la academia fue una transformación más importante de lo que pensé. Fue enriquecedor ver cómo lo que uno había pensado se instalaba, y poder monitorearlo y proponer reformas.

Y el tercer espacio fue el internacional, llevar estas ideas a México, República Dominicana, Perú, Panamá, Argentina, Uruguay... no es una experiencia solo personal, es de un equipo académico hermoso.

La reflexión final es qué maravilla haber tenido la oportunidad de colaborar

en un proceso de transformación con tanto impacto a nivel nacional y regional. Eso te marca mucho en términos de servicio. A pesar de que también litigué en el sector privado, si me preguntan qué es lo más hermoso, es el servicio público y el espacio de formación que brinda la academia. Eso es muy satisfactorio.

Hoy, me da sentido el interés de los estudiantes por integrarse al sistema, crecer con colegas académicos para seguir mejorando la reforma (a la que vemos como un hijo, nos cuesta criticarlo), y seguir colaborando con procesos de transformación en otros países de la región.

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

UNIDADES PENALES ESPECIALIZADAS PARA NIÑOS MENORES DE DOS AÑOS EN CÁRCELES MASCULINAS

Dangelo Arancibia, Carolina Aravena, Sofía Brito, Valentina Ibáñez, Pablo Parry, Fernanda Poblete, Isidora Santibáñez, Aitor Demian Vivanco Ortiz.

Resumen: La presente investigación busca analizar la posible existencia de Unidades Penales Especializadas para niños menores de 2 años a nivel de cárceles masculinas, con la finalidad de profundizar en las formas en las que el Estado chileno regula o no la existencia de instancias para poder mantener el vínculo entre los padres privados de libertad y sus respectivos hijos mientras dura la sanción penal, identificando el estado del arte de la regulación de los recintos penitenciarios e indagando las formas en las que pueden mejorarse las normativas existentes en relación a los vínculos paternales de los reclusos. Lo anterior, con el fin de responder a la siguiente pregunta de investigación: ¿Cómo se puede ampliar la regulación de las Unidades Penales Especializadas para menores de dos años para efecto de las cárceles masculinas?

Palabras clave: Sistema penitenciario, paternidad, unidades penales, especializadas, privación de libertad.

SPECIALIZED CRIMINAL UNITS FOR CHILDREN UNDER TWO YEARS OLD IN MALE PRISONS

Abstract: The present investigation seeks to analyze the possible existence of Specialized Penal Units for children under 2 years of age at the level of male prisons, with the aim of delving into the ways in which the Chilean State regulates or does not regulate the existence of instances to maintain the bonds between fathers deprived of liberty and their respective children while the criminal sanction lasts, identifying the state-of-the-art of the regulation of penitentiary facilities and investigating the ways in which existing regulation can be improved in relation to the paternal bonds between children and inmates. The above, in order to answer the following research question: How can the regulation of Specialized Penal Units for children under two years of age be expanded for the purpose of male prisons?

Key words: Penitentiary system, paternity, specialized, penal units, deprivation of liberty.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

1. LA FALTA DE MÓDULOS PATERNO-INFANTILES EN CENTROS PENITENCIARIOS MASCULINOS

II. SITUACIÓN CARCELARIA EN CHILE: UN BALANCE DEL ESTADO DEL SISTEMA PENITENCIARIO CHILENO

1. PATERNIDAD EN LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD: LA REGULACIÓN VIGENTE DE PATERNIDAD INFANTIL EN CÁRCELES

III. MARCO NORMATIVO PENITENCIARIO EN CHILE

1. UNA MIRADA AL DECRETO 518

IV. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

V. DESAFÍOS EN SU IMPLEMENTACIÓN

VI. CONCLUSIONES

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

I. INTRODUCCIÓN

1. LA FALTA DE MÓDULOS PATERNO-INFANTILES EN CENTROS PENITENCIARIOS MASCULINOS

En Chile, diversas investigaciones han constatado la baja presencia de unidades penales especializadas para menores en cárceles masculinas¹², cuestión que ha afectado las posibilidades de niños y niñas de poder mantener contacto con sus padres mientras estos se encuentren privados de libertad.

Esta situación ha despertado alarma en el comunidad académica, en tanto la baja presencia de estas instancias para poder mantener el vínculo con los hijos de los reclusos constituye no solo una evidente afectación a los derechos fundamentales de niños y niñas establecidos en la Convención Internacional de Derechos del Niño³, sino que además implica un claro deterioro de los derechos esenciales de los reclusos mientras durante su condena, en tanto se ven impedidos de continuar sus roles paternos a lo largo del tiempo.

Como también demuestran estudios relacionados con la paternidad masculina⁴, la imposibilidad de poder mantener el vínculo entre el padre con sus hijos tiende a producir como consecuencia distintos problemas de salud mental relacionados con el ausentismo y el costo psicológico de no poder mantener contacto con sus pupilos al estar en la cárcel, aspecto que también afecta a los hijos en tanto les impide mantener una cotidianeidad no mediada por las condiciones de cárcel en las que están insertos los padres.⁵

En esa misma línea, cabría preguntarse sobre cómo la actual legislación vigente logra abordar los problemas relacionados con la paternidad bajo reclusión, habida cuenta de las consecuencias tanto del debilitamiento de los vínculos paternos, como también de los eventuales efectos que puede tener en el ciclo delictual a lo largo del tiempo, influyendo en las conductas que puedan sostener los jóvenes que han visto a familiares significativos como los padres verse envueltos en situaciones delictivas, como podría ser, por ejemplo, la posterior comisión de delitos por parte de estos.

Dicho lo anterior, la presente investigación apunta a responder las formas en las que se vuelve posible el fortalecimiento de la regulación a nivel de las unidades penales especializadas para menores de 2 años en lo que son las cárceles masculinas, a modo de promover un vínculo sano que permita a los padres recluidos mantener el contacto con sus hijos y minimizar las consecuencias eventuales que puede tener la privación de libertad sobre estos, en pos de mejorar las condiciones carcelarias en las que actualmente se encuentran.

¹ SILVA (2024), p.127

² RED DE ACCIÓN CARCELARIA (2024), p.16

³ DECRETO 830 (1990), pp.3-7

⁴ TRECHERA ET. AL (2012), pp.57

⁵ *Idem*, p, 69.

II. SITUACIÓN CARCELARIA EN CHILE: UN BALANCE DEL ESTADO DEL SISTEMA PENITENCIARIO CHILENO

Como señalan las estadísticas disponibles de Gendarmería para tal efecto, en Chile, a junio de 2025, se tiene un total de 154.707 reclusos en las diversas modalidades penitenciarias que la ley establece para tal efecto, a saber, los centros bajo régimen de control cerrado, semi-cerrado y de control abierto⁶.

Del total de reclusos, el 88,5% de estos corresponden a hombres en relación al 11,5% de mujeres que componen la población carcelaria nacional⁷. De toda la población penitenciaria, el 40,99% es parte de lo que se conoce como régimen de control cerrado, esto es, sometido a algún recinto penitenciario por alguna condena vigente o por encontrarse en prisión preventiva.

Actualmente, y como señalan los datos de Gendarmería (2019), nuestro país cuenta con un total de 173 recintos penitenciarios, de los cuales un total de 30 refieren a Centros de Cumplimiento Penitenciario (En adelante, CCP), los que se constituyen como la principal instancia para el cumplimiento de condena de los reclusos a nivel nacional.⁸

Sobre el estado general del sistema carcelario, diversos estudios concuerdan en los múltiples desafíos que enfrentan actualmente las cárceles en Chile. Como destacan los estudios disponibles de INDH, el sistema carcelario presenta un nivel de sobrepoblación del 101,4%, con un total de 11 CCP que presentan niveles de hacinamiento de alto a crítico⁹.

En esa misma línea, los datos del INDH también reflejan diversas carencias de distinta gravedad en relación a las condiciones de los presos respecto del acceso a servicios esenciales, tales como agua, alimentación, acceso a la salud y condiciones sanitarias, entre otros¹⁰. Estos antecedentes permiten dar un marco general del estado carcelario en Chile, habida cuenta que las condiciones del sistema penitenciario son un antecedente relevante para efecto de la formación de un vínculo sano entre los padres privados de libertad para con sus respectivos hijos.

Ya señalado lo anterior, los resultados que expone el INDH también son reveladores respecto de los diversos riesgos a los que se exponen niños, niñas y adolescentes al momento de entablar visitas a sus familiares o padres reclusos. En ello, la evidencia demuestra que en el 50% de los recintos penitenciarios han existido situaciones de desnudamiento forzoso contra menores de edad, además de obligarlos a realizar flexiones al momento de ingresar al centro penal¹¹. Estas prácticas son solo algunas de las que han podido registrarse a nivel del sistema penitenciario y dan

⁶ GENDARMERÍA DE CHILE (2025)

⁷ *Idem*

⁸ GENDARMERÍA DE CHILE (2019), pp.10

⁹ INDH (2018), pp.53

¹⁰ *Idem*, pp. 93-126

¹¹ *Idem*, pp. 137-138

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

cuenta del nivel de hostilidad al que se ven expuestos los menores cuando se trata de ver a sus familiares privados de libertad, lo que también se constituye en un deterioro de los derechos de los niños contemplados en la Convención Internacional de Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas¹²

Así, podemos afirmar como balance general que las condiciones carcelarias adolecerían de un marco básico para poder generar los espacios necesarios para que los niños puedan mantener contacto con sus padres mientras están privados de libertad. En ese sentido, se vuelve necesario identificar como las normativas vigentes se hacen cargo de regular la paternidad bajo reclusión en casos aplicables a menores de edad.

1. PATERNIDAD EN LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD: LA REGULACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE PATERNIDAD INFANTIL EN CÁRCELES

En la actualidad, la cuestión de la paternidad en situación de cárcel se encuentra regulada en diversas disposiciones y programas del Estado Chileno que buscan encontrar las maneras de mantener el vínculo filial con menores de 2 años. En esto, es posible citar lo referido al programa “Creciendo Juntos” de Gendarmería de Chile, creado en el año 2015 con el fin de garantizar un conjunto de prestaciones sociales básicas para madres y padres en contexto de privación de libertad que tengan hijos entre 0 a 2 años de edad.

Como pueden verse en los informes evaluativos de Gendarmería de Chile (Gendarmería de Chile, 2022), el objetivo principal de “Creciendo Juntos” apunta a “contribuir a dar integralidad al proceso de intervención psicosocial de los condenados, incorporando la variable familiar a la intervención de los factores de riesgo de reincidencia delictual en el Modelo de Intervención de Riesgo, Necesidad y Capacidad de Respuesta que está aplicando la institución.”¹³

En ese sentido, dicho programa tiene por objetivos principales la promoción de la intervención social y psicosocial en mujeres embarazadas o con hijos entre 0 a 2 años, a modo de favorecer el mantenimiento del vínculo maternal, y la realización de actividades de carácter psicosocial tanto para madres como padres privados de libertad con hijos que van desde los 0 a 12 años de edad¹⁴.

Un primer acercamiento respecto de la efectividad del programa “Creciendo Juntos” puede apreciarse en los informes evaluativos disponibles de la Dirección de Presupuestos de la República, la que permite constatar el impacto neto que ha tenido este programa, primordialmente en lo referido al trabajo psicosocial con padres privados de libertad (incluyendo en eso a los padres que son hombres). En ello, las estadísticas disponibles son bastante decidoras respecto del alcance real que tiene este programa para tal efecto: A contar del año 2023, y en función del informe evaluativo disponible de DIPRES para tal año, solo un 18% de los hijos ha reportado mejoras en

¹² DECRETO 830 (1990), p.6

¹³ GENDARMERÍA DE CHILE (2017), p.1

¹⁴ Id., p.1

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

las habilidades parentales de sus padres después de haber pasado por los procesos de intervención con estos en el marco de lo que este programa¹⁵.

Por otro lado, es importante relevar que la cobertura general de “Creciendo Juntos” apenas alcanza al 5,6% de la población objetivo, lo que también deja entrever los problemas existentes en relación a su efectividad para poder enfrentar los problemas parentales que surgen producto de la privación de libertad¹⁶.

Un aspecto que también permitiría explicar los problemas existentes con dicho programa puede verse en los énfasis que pone en los componentes que integran esta política. Se puede identificar que en su primer componente, que se relaciona en la parte de la gestación y lactancia de los niños, se enfatiza esencialmente la protección del rol que debe cumplir la madre mientras dure su embarazo y postnatal, pero no se evidencia que exista una incorporación del padre en esta etapa específica y tan importante que es de la primera infancia.

En ese mismo sentido, cabría también preguntarse que otras disposiciones normativas existen actualmente que regulen lo referido a los procesos de vínculo filial con menores de 2 años en cárceles masculinas y de que maneras se integra con políticas como “Creciendo Juntos” en el funcionamiento del sistema penitenciario chileno.

Como punto de partida, resulta relevante mencionar el reglamento que existe en la actualidad sobre cómo se encuentra regulado la permanencia de niños y niñas menores de 2 años permanezcan junto a sus madres privadas de libertad en el recinto. Este tiene la finalidad de preservar y fortalecer el vínculo materno-filial durante los primeros años de vida de los recién nacidos¹⁷. Ello se encuentra regulado en el decreto 518 del Reglamento de Recintos Penitenciarios, específicamente en el artículo 19, en donde se indica:

Los establecimientos penitenciarios destinados a la atención de mujeres se denominan Centros Penitenciarios Femeninos (C.P.F.) y en ellos existirán dependencias que contarán con espacios y condiciones adecuados para el cuidado y tratamiento pre y post-natal, así como para la atención de hijos lactantes de las internas.

En aquellos lugares en que no existan estos Centros, las internas permanecerán en dependencias separadas del resto de la población penal, sin perjuicio de que se incorporen a actividades conjuntas con la población penal masculina.

Toda vez que ingrese una interna con hijos lactantes, el Jefe del Establecimiento deberá comunicar de inmediato este hecho al Servicio Nacional de Menores para los efectos de la respectiva subvención y de los programas o medidas que dicha Institución deberá desarrollar para el adecuado cuidado de los niños.

En los establecimientos en que se ejecute un contrato de concesiones, se estará además a lo que éste establezca respecto del cuidado, residencia y atención del lactantes.

Si bien esta medida significa un gran avance en términos de maternidad a mujeres que se encuentran privadas de libertad, también contempla ciertas debilidades. Entre ellas destaca la situación de precariedad a la que se ven expuestas las madres en conjunto a sus hijos, debido a que los recintos no se encuentran adaptados para cubrir sus necesidades. Además, las instalaciones

¹⁵ DIPRES (2023), p.6

¹⁶ Id., p.3

¹⁷ RAMÍREZ (2022), p. 37

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

disponibles varían según el recinto penitenciario en el que se encuentren. Por otro lado, también se refleja un contexto cultural, en donde se suelen asignar las labores de cuidado hacia las mujeres, donde por contraparte los hombres se les suele asignar mayoritariamente la labor de proveedor¹⁸. Entendiendo esto, como una desigualdad sistemática por parte del Estado, donde se asigna este rol y responsabilidad solo a las mujeres, desequilibrando la balanza de la paternidad compartida, y el disminuyendo el valor que se le considera a la definición de la familia. Este escenario se extrapola incluso en situaciones en las que la madre se encuentra privada de libertad, siendo el mismo sistema el que favorece la desigualdad de género en términos de responsabilidades paternales.

En este contexto, resulta pertinente mencionar las responsabilidades que tienen los padres respecto de sus hijos, las cuales se encuentran reguladas en el Código Civil chileno. Para los fines del presente análisis, se hará referencia al artículo 224 de dicho cuerpo legal, el cual, entre otros aspectos, consagra el principio de corresponsabilidad en la crianza, independientemente de si los progenitores conviven o no. Este precepto evidencia que, al menos desde una perspectiva normativa, el sistema reconoce que la paternidad es una labor compartida. Sin embargo, en la práctica, persisten visiones culturales que asignan de manera diferenciada las tareas parentales según el género.

A partir de lo anteriormente expuesto, la autora Ana Gabriela Mendes Braga propone la posibilidad de establecer guarderías en las cárceles masculinas de Brasil, con el fin de permitir a los padres privados de libertad ejercer sus deberes de crianza¹⁹. Asimismo, plantea que este derecho pueda garantizarse en casos de arresto domiciliario. De este modo, se visibiliza el rol activo que los padres deben asumir en la vida de sus hijos, incluso en contextos de privación de libertad, así como también se promueve el fortalecimiento del vínculo paterno-filial, al que hace referencia Cecilia Garibaldi: *“Es hora de comenzar a pensar formas de fortalecer y promover la continuidad del vínculo de los varones presos con sus hijos/as”*²⁰

Sin embargo, hay que considerar, que los recién nacidos, tienen necesidades biológicas que los hombres, científicamente no pueden satisfacer, como lo es la lactancia y el apego madre e hijo, que se genera al momento del nacimiento. Ello se menciona en el escrito de Paola Medina, *“Maternidad y lactancia materna en la cárcel: análisis desde la etnografía institucional”* es primordial que existan espacios seguros subsidiados por el Estado para las madres, donde puedan cumplir de manera expedita y segura, con estas obligaciones, esto se vislumbra en lo siguiente;

*“Entre los años 1998 y 2005, Gendarmería junto al Servicio Nacional de Menores implementaron el Programa Albergue Provisorio para Lactantes, brindando atención integral a los hijos e hijas de 0 a 2 años de edad de la mujeres privadas de libertad en las cárceles nacionales, quienes podían acceder a estar con sus madres y estrechar vínculos afectivos con ellas, a recibir la lactancia materna, alimentación adecuada a sus necesidades de desarrollo, y ser atendidos en la red pública de salud primaria, a derivación médica especializada, a vestuario y a un ambiente de higiene, cuidado y seguridad.”*²¹

Conforme a esto, y volviendo a la idea inicial, no hay un equilibrio de obligaciones de roles de crianza, reflejando que, en Chile, la carga de la filiación es netamente maternal, no existiendo espacios de vinculación tanto con el padre como la madre, no considerando suposiciones como,

¹⁸ GARIBALDI (2018), p. 124

¹⁹ MENDES (2015)

²⁰ GARIBALDI (2018), p. 125

²¹ MEDINA (2017). p. 10

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

¿Qué ocurre en los casos donde la madre está privada de libertad, pero el padre no? O ¿Qué sucede si ambos padres están privados de libertad?, ¿Cuál es el criterio que se utiliza para asignarle la responsabilidad del menor? Entre otras preguntas sin respuesta en el sistema normativo carcelario chileno.

Los vínculos familiares son sumamente relevantes en la vida de las personas privadas de libertad, ya que estos son los principales vínculos que tienen con el exterior y la vida que solían llevar a cabo. A lo que ciertos autores afirman: *“La importancia de la comunicación y las visitas consiste en que la familia puede desempeñar un papel de apoyo emocional, económico y material necesario para preservar el bienestar de los internos”*²². Lo cual se puede relacionar íntimamente con la reinserción social de las personas privadas de libertad, ya que facilita la reconstrucción de un proyecto de vida una vez cumplida la condena.

También, se suele dar un rol más bien pasivo a la familia en términos de la reinserción social de las personas privadas de libertad. Sin embargo, hay autores que afirman que el papel de las familias es más bien activo: *“En cambio, estamos especialmente interesados en el papel activo que la familia puede tener en la reinserción, atendiendo a las estrategias específicas que estas adoptan para tratar de evitar que sus familiares puedan volver a delinquir, estrategias que vayan más allá de la provisión de apoyo”*²³. Dichas estrategias se reflejan en la supervisión del entorno de la persona una vez que sale de prisión, el control de sus actividades cotidianas, así como también en el acompañamiento y cuidado de su bienestar emocional.²⁴

Por otro lado, las familias no solo representan un factor clave para prevenir la reincidencia delictiva, sino que también constituyen un importante apoyo en el proceso de reintegración laboral de las personas que han estado privadas de libertad. Un estudio realizado en Brasil evidencia que, al salir de prisión, una gran parte de los reclusos reciben apoyo por parte de sus familias, ya sea ayudándolos a conseguir un empleo o brindándoles alojamiento en sus hogares²⁵. Esto se evidencia a través de entrevistas en las que los reclusos relatan que un familiar les consiguió empleo, que trabajan junto a sus madres o que ya contaban con un puesto de trabajo que los esperaba al momento de salir de prisión. Entendiendo que en la sociedad existe un estigma y sesgo, respecto a los exreclusos, sobre sus antecedentes y la probabilidad de que vuelvan a cometer dichos delitos por los cuales fueron privados de libertad.

En el estudio realizado en Quaker United Nations Office llamado, “Publicaciones Sobre los Refugiados y los Derechos Humanos, La niñez también necesita de su papá: hijos e hijas de padres encarcelados.” Escrito por Jennifer Rosenberg se puede vislumbrar la relevancia que tiene tanto la figura materna como la paterna en el crecimiento y desarrollo cognitivo de los niños, niñas y adolescentes. Considerando así, los casos lamentables, donde los NNA tienen que vivir la experiencia de tener padres privados de libertad, pervivir una realidad distinta a sus pares, entrando y saliendo de recintos penitenciarios, sin una constante figura de autoridad, sin sentido de pertenencia y normalizando la vida en la cárcel como una posibilidad viable de vida en sociedad. Sin embargo, a lo largo de los años, la comunicación que tienen los padres con sus hijos en el exterior es más escasa, ya que como muestra un estudio realizado en EE. UU.;

²² TORRES (2023), p. 98

²³ IBÁÑEZ, PEDROSA (2018), p. 67.

²⁴ Id, pp. 67, 68.

²⁵ FERREIRA, DADALTE, PINES (2020), p. 507.

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

*“Entre 1997 y 2007, el contacto mensual entre los niños y niñas y sus progenitores encarcelados en instituciones federales decayeron en un 28%, en tanto que aquellos que reportaron no haber tenido nunca contacto con sus niños/as aumentaron en un 17%.⁶⁰ Durante el 2002, el 40% de los padres reclusos en cárceles estatales reportaron mantener un contacto semanal con sus hijos/as, en tanto que el 58% de los padres reclusos reportó nunca recibir visitas de sus niños/as”.*²⁶

Como consecuencia de esto y rescatando el punto mencionado con anterioridad, el quebrantamiento de lazos que existe entre los reclusos y sus familiares, principalmente con su descendencia, no hacen más que desmotivar la reinserción con la sociedad y la lucha constante que existe con la reincidencia. Pero, no podemos recriminar estas reacciones de los menores, ya que ellos también tenían una responsabilidad como padres que no fue cumplida a cabalidad.

Esto se abarca en el estudio realizado por la Universidad de Chile, en la facultad de Derecho, específicamente en el departamento de ciencias penales, en un escrito llamado, “El derecho de las personas privadas de libertad a conservar sus vínculos familiares en el sistema interamericano de derechos humanos” donde se menciona lo siguiente:

*“El propósito de una pena de prisión es castigar al condenado o condenada, no a su familia. Sin embargo, el encarcelamiento de un ser querido y el conjunto de valores, actitudes y comportamientos asociados a esa experiencia, pueden generar un impacto negativo en el grupo familiar, e incluso aumentar la probabilidad de que los hijos e hijas incurran en conductas delictivas a futuro. Esta realidad es preocupante, pues en Chile aproximadamente el 74% de la población penal declara tener hijos, con un promedio de 2,3 hijos por persona.”*²⁷

III. MARCO NORMATIVO PENITENCIARIO EN CHILE

Ahora bien, cabe destacar que como foco de estudio las condiciones materno-carcelarias tiene mucha menor atención dentro de los estudios de los Derechos Humanos dentro de las cárceles.

Y es que poco a poco, se ha ido teniendo un mayor reconocimiento normativo y político en cuanto al reconocimiento de los derechos de las mujeres dentro de los espacios penitenciarios, sin embargo, como bien menciona Medina²⁸, dentro de su tesis, hay una evidente problemática en cuanto la escucha activa hacia las mujeres dentro de estos espacios y programas que se desarrollan, pues el enfoque en su gran mayoría se centra en los niños y su bienestar.

Como bien menciona Ramírez, el 95% de la población total femenina carcelaria (53.000 mujeres aproximadamente), se encuentra en situación de ser madre y, dentro de esas cifras hay aproximadamente 25.000 hijos menores de edad²⁹ con madres privadas de libertad.

²⁶ ROSENBERG (2009), p. 10.

²⁷ VALDIVIESO, (2018), p. 22.

²⁸ MEDINA (2017).

²⁹ RAMÍREZ, (2022).

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

En tanto la creación de programas carcelarios relativos a los espacios materno-infantiles dentro de los recintos se puede ver a su vez la existencia de una evolución de estos. En este sentido, es importante destacar que el Ministerio de Justicia dentro del Reglamento de los Establecimientos Penitenciarios³⁰, exige la existencia dentro de los recintos femeninos el tener espacios adecuados tanto para las etapas pre y post natal.

Entre los años 1998 y 2005 el Programa Albergue Provisorio para Lactantes -gentilicio de Gendarmería y Servicio Nacional de Menores (SENAME)-, integraba a los lactantes de 0 años hasta las niñas y niños de 2 años para que los hijos de las mujeres reclusas, pudiesen estar con ellas y así generar lazos, lactar, y en general, poder propiciar un desarrollo óptimo de los niños³¹.

Asimismo, entre los años 2005 y 2014 el SENAME continuó el servicio anterior de la mano del Programa de Residencias Transitorias en donde hubo un aumento de plazas con los mismos objetivos de la anterior: servicio integral y de calidad en tanto las necesidades de los hijos de las mujeres privadas de libertad³².

Gendarmería dentro del año 2008 firma un convenio para poder propiciar que las mujeres privadas de libertad puedan tener la opción de poder optar al beneficio de sala cuna: en la cárcel o fuera de ella. La edad de permanencia dentro de este programa es hasta los 24 meses, es decir, 2 años de edad³³.

El año 2017 el Programa de Atención a la mujer embarazada y el Programa Creciendo Juntos, satisface que los padres y madres privados de libertad pueden acceder a programas y prestaciones que los ayuden con la obtención y desarrollo de herramientas parentales para la crianza de los niños³⁴.

Así las cosas, los datos anteriormente entregados más allá de los objetivos, no son una representación de la concepción y crianza dentro de los espacios carcelarios. Como bien menciona la autora “el rol social e históricamente que se les ha asignado a las mujeres, el encarcelamiento resulta ser una experiencia estigmatizadora y dolorosa”.³⁵ Lo anterior resulta con sentido, pues al entender que una mujer se encuentra en la cárcel y en una situación como la de ser madre, contraviene lo que socialmente está definido como rol para éstas.

No es menor el siguiente dato: existe una escasa regulación y junto con ello visibilización de las madres privadas de libertad. El gran cuerpo normativo que intenta regular esto es el Decreto 518 del Reglamento de Recintos Penitenciarios en donde de forma escueta entregan indicaciones

³⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA, DECRETO 518.

³¹ MEDINA (2017). p, 10.

³² SENAME en Medina (2017), p10.

³³ MEDINA (2017). p, 11.

³⁴ Medina (2017). p,11.

³⁵ Medina (2017). p, 15.

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

de cómo y dónde deben estar y permanecer las reclusas junto con sus hijos y por tanto, le deja al recinto los demás detalles y decisiones que se puedan tomar respecto a la situación.³⁶

1. UNA MIRADA AL DECRETO 518

El sistema penitenciario chileno ha sido objeto de múltiples reformas orientadas a garantizar condiciones mínimas de dignidad para las personas privadas de libertad, especialmente desde la promulgación del Decreto Supremo N° 518 de 1998, que aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Sin embargo, dicho cuerpo normativo evidencia una preocupante omisión: la invisibilización de la paternidad masculina en el contexto del encierro, lo cual constituye no solo una falencia jurídica sino también una expresión de inequidad estructural que reproduce estereotipos de género y vulnera derechos fundamentales de los internos y sus hijos.

El artículo 19 del Decreto 518 establece:

“Los establecimientos penitenciarios destinados a la atención de mujeres se denominan Centros Penitenciarios Femeninos (C.P.F.) y en ellos existirán dependencias que contarán con espacios y condiciones adecuados para el cuidado y tratamiento pre y post-natal, así como para la atención de hijos lactantes de las internas.

En aquellos lugares en que no existan estos Centros, las internas permanecerán en dependencias separadas del resto de la población penal, sin perjuicio de que se incorporen a actividades conjuntas con la población penal masculina.”

Esta previsión normativa reconoce la doble condición de las mujeres reclusas como sujetas de derecho y madres, lo que se ajusta a la doctrina del interés superior del niño, consagrada en la Convención sobre los Derechos del Niño —ratificada por Chile en 1990— y en tratados como las Reglas de Bangkok que versan sobre el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes y sus Comentarios

No obstante, esta perspectiva de género no se ha traducido en una regulación simétrica para los hombres privados de libertad que también ejercen funciones de cuidado, omitiéndose completamente su rol paterno. En el reglamento no existe ninguna disposición que contemple condiciones diferenciadas o mecanismos de apoyo al ejercicio de la paternidad desde el encierro. Este vacío normativo reproduce un paradigma cultural que naturaliza la exclusión del padre en la crianza temprana, lo que es contrario a la realidad social contemporánea y a los principios de equidad parental.

Desde una perspectiva de derechos humanos, esta omisión tiene efectos profundos. El artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño establece :

“Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.”

En la práctica penitenciaria chilena, los hijos de padres presos enfrentan diversos obstáculos para mantener vínculos afectivos significativos como restricciones en las visitas familiares, escasa infraestructura adecuada para recibir menores, falta de programas de acompañamiento, y una cultura institucional que desvaloriza la función paternal en contextos de reclusión toda vez que no existe normativa al respecto. Esta situación se traduce en un debilitamiento del vínculo emocional padre-hijo, lo cual puede generar efectos psicosociales de largo plazo tanto en los niños como en los internos.

³⁶ RAMÍREZ (2022).

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

Por su parte, desde la óptica del interno padre, el derecho a la vida familiar —reconocido en el artículo 1 inc. 2 de la Constitución y en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, esto es “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación” es restringido de forma arbitraria, sin que existan mecanismos legales de reparación o protección. El propio Reglamento Penitenciario reconoce, en su artículo 2°, que el interno mantiene, fuera de los derechos limitados por su detención, una condición jurídica similar a la de los ciudadanos libres. Sin embargo, esta afirmación queda vacía cuando se analizan los derechos parentales.

El problema no es anecdótico, sino estructural. “De acuerdo con Gendarmería (2018), la mayoría de las mujeres (86%) y hombres (65%) privados de la libertad declara tener hijos (específicamente, 2,076 mujeres y 17,217 hombres cuya edad oscila entre los 18 y 40 años señalaron tener un hijo vivo). En mayo de 2018 había 117 lactantes viviendo con sus madres privadas de la libertad, si bien no se recibió información de Gendarmería sobre cuántas de ellas estaban en reclusión por delitos de drogas, según datos de 2017 esos delitos correspondían casi al 50% de la muestra.” Una proporción importante de estos hombres mantiene vínculos activos con sus hijos y cumple, incluso desde la cárcel, funciones de cuidado, apoyo emocional o económico³⁷.

Ha existido una amplia discusión en torno a la finalidad de la pena en el Derecho Penal, con el fin de resolver lo que se busca o espera tras dictarse una sentencia condenatoria. Una parte importante de la doctrina ha sostenido que la pena tiene un rol resocializador, que busca la reinserción de la persona privada de libertad a la vida social. Esta visión adquiere aún mayor relevancia cuando se analiza al momento de la ejecución de la condena.

En la actualidad —y desde los orígenes del Derecho Penitenciario— Chile carece de una ley de ejecución penal y de principios rectores que orienten su ejecución, lo que ha demostrado el escaso interés por parte del legislador en las personas privadas de libertad, y su situación carcelaria. Esta ausencia legislativa ha situado a las personas privadas de libertad en una situación de aún mayor vulnerabilidad, encontrándose la etapa de ejecución de la condena sometida a una serie de normas sueltas, dispersas e insuficientes.

Bajo este contexto, el rol de Gendarmería de Chile regulado bajo el derecho N°518, adquiere especial relevancia en esta etapa procesal, en su artículo 2 señala que dentro de sus funciones se encuentran:

“[...], además de la custodia y vigilancia de los establecimientos penitenciarios, la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad y de las medidas de seguridad personal, propender a la rehabilitación y reinserción social de las personas condenadas, velando por su dignidad, derechos fundamentales y por su adecuada reintegración a la sociedad.”

Además de la custodia y vigilancia de los reclusos, Gendarmería tiene el deber de propender a la rehabilitación y reinserción de las personas privadas de libertad, es por ello que debe implementar medidas para el cumplimiento de dicha función, es por ello, que debe facilitar y garantizar la mantención y fortalecimiento de los vínculos familiares de los reclusos, atendiendo a la importancia de estos dentro del proceso de resocialización del recluso, favoreciendo su estabilidad emocional y aminorando el deterioro que generan los centros penitenciarios.

Actualmente, una de las formas en las cuales la legislación ha intentado fortalecer los vínculos familiares, sobre todo en lo que respecta de los hijos menores de edad, es a través del régimen de visitas familiares. El decreto 518 en su artículo 52 establece que los hijos del interno pueden asistir a los centros penitenciarios mediante un sistema de visitas familiares, sin embargo

³⁷ CWS (2018). p. 20.

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

requieren de la compañía de un adulto responsable, un enrolamiento previo al ingreso, y queda sujeto a este adulto para posteriores visitas

A pesar del intento de establecer forma de acompañamiento familiar al interno, de igual manera resultan insuficientes, ya que la frecuencia de las visitas no alcanza para establecer una relación directa y regular entre padre e hijo, además de las barreras estructurales que se generan en el menor de edad para poder ingresar al recinto, requiriendo un enrolamiento previo de él y el adulto responsable, al cual quedará sujeto, dependiendo de este último el ejercicio de su derecho.

IV. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

Con motivo de la prevalencia del interés superior del niño no solo se ha legislado en sede nacional, sino que la protección de la familia, en especial de los niños, se encuentra ampliamente regulada en materia internacional mediante una serie de tratados o recomendaciones a seguir por parte de los estados. Todos estos cuerpos legales tienen como fin proteger el vínculo entre los niños y sus padres privados de libertad, o en su defecto permitir que estos mantengan una relación óptima entre sí.

Uno de los primeros documentos internacionales que surgieron se trata de la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en 1959, pese a no constituir una obligación legal para los países sentaría las bases para una futura convención. Con diez artículos realza la necesidad especial de protección, considerando su inmadurez física y mental se necesita un cuidado o trato especial a diferencia de los adultos. En este documento la Asamblea General promueve a que se tomen medidas legislativas, con el fin de que se reconozcan y protejan efectivamente los siguientes derechos enunciados, entre los cuales encontramos:

“Principio 6: El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. (...)”

Esta declaración fue la precursora de la posterior Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989. Su preámbulo reconoce la importancia tanto de la familia como grupo fundamental de la sociedad y su necesidad de recibir protección. Podemos considerar una de sus bases el artículo 3.1 “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”³⁸.

Con este interés como base los estados deberán adoptar todas aquellas medidas necesarias para asegurar los derechos consagrados en esta convención. A grandes rasgos encontramos la preservación de la identidad donde se incluye desde su nacionalidad hasta sus relaciones familiares (artículo 8.1). a que no permanezca separado de sus padres, pero en caso de estarlo que pueda establecer relaciones de contacto directo de manera regular (artículo 9). Se incluyen otros derechos pero en razón de la investigación no se profundizará en estos.

El 23 de marzo de 1976 entró en vigor el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, siendo conocido popularmente como el Pacto de San José. Este documento hace especial enfoque en la realización del ideal de ser humano mediante el adecuado disfrute entre ciertos derechos de carácter civil y políticos. En su artículo 23.1 señala “La familia es el elemento natural

³⁸ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado”³⁹. Pese a no ser un listado exhaustivo vale la pena mencionarse por la importancia que tiene este tratado internacional. En la misma línea el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales también conocido como PIDESC, reconoce en su artículo 10 la importancia de la familia además de la necesidad de adoptar medidas especiales de protección a favor de los niños y adolescentes sin discriminación⁴⁰.

Finalmente, pese a ser una recomendación por parte de la Asamblea General vale la pena analizar a profundidad las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes, o Reglas de Bangkok. Se hace una diferencia, a comparación de las Reglas de Mandela que trataremos más adelante, en razón del género y la capacidad de gestar, causante principal de que se deban tener módulos especializados para las reclusas embarazadas, además hace referencia al trato que deberían tener los niños dentro de los centros penitenciarios.

Existe la posibilidad de no separar al niño de su madre según se señala a continuación: “toda decisión de permitir que los niños permanezcan con sus madres en la cárcel se basará en el interés superior del niño. Los niños que se encuentren en la cárcel con sus madres nunca serán tratados como reclusos”⁴¹. En estas circunstancias “se brindará a las reclusas cuyos hijos se encuentren con ellas el máximo de posibilidades de dedicar su tiempo a ellos”⁴².

Sin embargo, esto no tiene un carácter indefinido, en la mayoría de las legislaciones estipulan una edad máxima en la que los niños pueden permanecer con sus madres o incluso niegan la posibilidad de permanecer con sus padres como es el caso de Noruega. Pese a que se reconoce que permanecer junto a los padres fortalece el vínculo se critica que las cárceles no estén adaptadas adecuadamente para alojar a estos niños. Pero esto depende exclusivamente de las condiciones que tenga cada recinto penitenciario⁴³.

Al respecto la Corte Interamericana se ha pronunciado al respecto señalando que se desconoce la cifra exacta de niños y niñas que viven junto con sus padres en estos centros, siendo uno de los grupos más invisibilizados en un contexto carcelario. Por esto reconoce a estos grupos, incluidos sus padres, como especialmente vulnerables, generando mediciones precisas para monitorear su estado y necesidades⁴⁴. Esto entra en concordancia con la regla 68 “se procurará organizar y promover investigaciones sobre el número de niños afectados por situaciones en que sus madres entren en conflicto con el sistema de justicia penal, en particular su encarcelamiento, y la repercusión de este último en ellos, a fin de contribuir a la formulación de políticas y la elaboración de programas, teniendo en cuenta el interés superior de los niños”⁴⁵. Para esto es necesario contar con ciertas reglas para que los niños puedan estar en un espacio adecuado junto a sus padres.

³⁹ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

⁴⁰ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS SOCIALES Y CULTURALES

⁴¹ Regla 49, REGLAS DE BANGKOK

⁴² Regla 50, REGLAS DE BANGKOK

⁴³ ROBERTSON (2007). pp. 32-33

⁴⁴ DE NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL (2022)

⁴⁵ REGLAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS RECLUSAS Y MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD PARA MUJERES DELINCUENTES

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la necesidad de garantizar condiciones dignas y adecuadas para la convivencia entre personas privadas de libertad y sus hijos menores, particularmente aquellos lactantes y menores de dos años, se erige como un imperativo jurídico derivado tanto del principio del interés superior del niño como de la protección de la vida familiar. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ratificada por la mayoría de los Estados de la comunidad internacional, establece en su artículo 3.1 que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Asimismo, el artículo 9.3 del mismo instrumento dispone que el niño tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, salvo que ello sea contrario a su interés superior. Estas disposiciones imponen al Estado la obligación positiva de asegurar mecanismos que garanticen, en la medida de lo posible, la continuidad del vínculo afectivo y parental aun en contextos de encierro.

La doctrina ha sido categórica en señalar que la separación absoluta entre padres e hijos pequeños, motivada únicamente por razones de cumplimiento de pena, constituye una forma de interferencia desproporcionada en la vida familiar. En palabras de Manfred Nowak, ex relator especial sobre la tortura de las Naciones Unidas, “la privación de libertad no puede traducirse en la negación de la parentalidad ni en la supresión del derecho del niño a vivir y desarrollarse dentro de un entorno afectivo familiar, aun cuando este se encuentre condicionado por la reclusión”⁴⁶. Por tanto, los estándares internacionales han evolucionado hacia la exigencia de establecer unidades especializadas o espacios familiares diferenciados dentro de los recintos penitenciarios, que permitan la permanencia del niño con su padre o madre privado de libertad, siempre que ello sea beneficioso para su desarrollo.

En este sentido, los instrumentos de *soft law* del sistema universal han cumplido una función clave. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), si bien no contienen una disposición expresa sobre menores en prisión con sus progenitores, refieren en sus artículos 58 a 60 la necesidad de adoptar medidas que favorezcan el fortalecimiento de los vínculos familiares, entre ellas, el acceso a visitas familiares prolongadas, sistemas de comunicación permanente y condiciones de privacidad. Por su parte, las Reglas de Bangkok —adoptadas en 2010 y específicamente dirigidas al tratamiento de las mujeres privadas de libertad, pero aplicables por analogía en contextos de paternidad carcelaria— establecen en su Regla 28 que “los hijos que vivan con sus madres (o padres) en prisión deberán ser proporcionados con un entorno libre de riesgos, seguro y no carcelario, y su alimentación, estimulación emocional, médica y psicológica deben ser aseguradas por el Estado”. Estas reglas, aunque no vinculantes en el sentido estricto, son orientaciones interpretativas relevantes para la aplicación de los tratados internacionales ratificados por los Estados.

Desde un enfoque jurídico-principialista, se advierte que el interés superior del niño, en tanto principio orientador y criterio interpretativo prevalente, requiere que los sistemas penitenciarios incorporen mecanismos que permitan la convivencia efectiva, segura y humanizada entre el niño y su progenitor recluso. En consecuencia, la creación de unidades penales especializadas destinadas a la cohabitación con niños lactantes no puede ser concebida como una medida excepcional o discrecional del Estado, sino como una expresión concreta del cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Tal como lo advierte Cillero Bruñol, “la privación de libertad no suspende la titularidad ni la eficacia de los derechos del niño,

⁴⁶ NOWAK, HUMAN RIGHTS OR GLOBAL CAPITALISM, (2017). p. 231

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

menos aún cuando su presencia en el recinto penitenciario obedece a razones de preservación del vínculo afectivo con su progenitor”⁴⁷.

Con fecha del 17 de diciembre de 2015 se aprueba la resolución N° 70/175 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, estableciendo las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Lejos de ser un sistema penitenciario modelo, busca entregar conceptos base o idóneos respecto al trato que deben recibir las personas privadas de libertad. Teniendo en cuenta que dada las estructuras de los diversos países no todas podrán ser aplicadas en su totalidad. Por esto, se consideran como principios de la administración en los centros penitenciarios. Desde las gestiones a realizar, el día a día dentro de las cárceles hasta las relaciones con el exterior, suponen un variado listado del mínimo esperable dentro de las cárceles.

Nos detendremos especialmente en aquellas reglas que guardan relación con el contacto exterior, con enfoque en las relaciones con sus familiares y el propio tratamiento de los reclusos. Independientemente de la situación de privación de libertad del recluso no se les puede privar de mantener tanto conocimientos del mundo exterior como contacto con sus familiares. Por esto en la regla 58.1 señala “los reclusos estarán autorizados a comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con sus familiares y amigos: por correspondencia escrita y por los medios de telecomunicaciones, electrónicos, digitales o de otra índole que haya disponibles; y recibiendo visitas”. (cita: Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, p.19) En la misma línea encontramos la regla 106 señalando “Se velará particularmente por el mantenimiento y mejoramiento de las relaciones entre el recluso y su familia que redunden en beneficio de ambas partes”⁴⁸.

Resulta relevante mencionar la Regla 91 “El tratamiento de las personas condenadas a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en la medida en que la duración de la pena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar su sentido de la responsabilidad”⁴⁹. Si bien se hace una mención expresa al trabajo no resulta adecuado reducirlo únicamente a este punto. Al ser unas sugerencias mínimas también se puede ampliar el inculcar esta voluntad de vivir por otros medios como la relación con sus familias.

Finalmente, se hace una mención expresa a los niños y su relacionamiento con sus padres en la regla 29.1 “Toda decisión de permitir que un niño permanezca con su madre o padre en el establecimiento penitenciario se basará en el interés superior del niño. Cuando los niños puedan permanecer con su madre o padre, se tomarán disposiciones para: a) facilitar servicios internos o externos de guardería, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por su madre o padre; b) proporcionar servicios de atención sanitaria especiales para niños, incluidos servicios de reconocimiento médico inicial en el momento del ingreso y servicios de seguimiento constante de su desarrollo a cargo de especialistas”.

El resguardo de la relación entre los reclusos y su entorno, sea con el exterior como sus familias, son los mínimos aplicables dentro de las cárceles. Si bien al cometer un crimen merecedor de una sanción supondrá, dependiendo del ordenamiento jurídico, la aplicación de una pena de reclusión y por ende la restricción a la libertad personal, está no significa que se deba sufrir un aislamiento total de su entorno en lo que dura la condena. El permitir que los padres puedan tener

⁴⁷ CILLERO, (2001). p, 41.

⁴⁸ REGLAS DE MANDELA

⁴⁹ REGLAS DE MANDELA

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

un medio seguro para seguir manteniendo una relación cercana con sus hijos, no solo respeta el interés superior del niño a tener dicha relación, sino que además contribuye a su posterior reinserción a la sociedad.

La evidencia de esto es la valorización de la paternidad producto del encierro, en una conversación entre cuatro padres estos rescataban la importancia de enseñarles a vivir la vida, es decir, alejados del delito. Muchos se abocan a la construcción de una imagen de buen padre en dos sentidos, el primero es compensar la ausencia que produce el cumplimiento de la condena y el segundo, manifestar a sus hijos lo que es correcto y lo que deben ser. Orientando a inculcar un comportamiento acorde a lo esperado por la sociedad. Aunque estas preocupaciones son únicamente específicas dentro de las cárceles si se evidencia un desgano por parte de los reclusos a participar en actividades, esto por la desmotivación que produce estar lejos de sus familias⁵⁰.

Si bien el desistir de la actividad delictual no supone a la norma si se evidencia un impacto entre su influencia, este se relaciona directamente con el nivel de vínculo que se mantenga entre ambos. Al desarrollar este, los hombres buscan entregar un buen ejemplo a sus hijos y evitar que se cometan los mismos errores, tendiendo una baja en el comportamiento delictivo⁵¹. Evidenciado en el testimonio de un recluso “Yo les soy sincero para que no cometan los mismos errores que yo. Tengo un hijo que ya es papá y no quiero que se pierda las cosas como yo, porque te arrepentís (José, 2016).⁵²”

El padre al ser recluso en prisión se verá enfrentado a reestructurar su vida, tanto la relación social como la familiar, más concretamente con sus hijos. Esta formación de la paternidad tras las rejas tiene variadas dimensiones domésticas, públicas y trascendentales en la formación de nuevos individuos. Siendo imposibilitado de fomentar sus creencias o valores que van a favorecer al desarrollo del infante. Por otra parte, el menor también verá afectada su propia autopercepción al identificarse incompletos⁵³. La separación produce efectos negativos en ambos individuos.

Por esto resulta importante evaluar la posibilidad de que los padres puedan permanecer junto con sus hijos hasta que se cumpla el límite legal permitido, o en su defecto, que se tenga espacios debidamente adaptados para que puedan permanecer con estos. Esta situación tendría un beneficio tanto para los padres como sus hijos, quienes se ven privados de mantener una relación directa y regular en condiciones.

La privación de libertad constituye una de las más severas medidas coercitivas que el Estado puede imponer legítimamente a una persona. Sin embargo, ello no implica —ni puede implicar bajo ningún estándar jurídico constitucional o convencional— una suspensión general de sus derechos fundamentales. El Estado, al asumir el control efectivo de la persona privada de libertad, se convierte en garante de su integridad, dignidad y derechos, debiendo limitar cualquier restricción adicional exclusivamente a lo que sea estrictamente necesario y legalmente previsto.

La doctrina de la posición de garante encuentra fundamento en la especial relación de sujeción existente entre el Estado y quienes se encuentran bajo su custodia. Tal relación genera no solo un deber de abstención frente a actos lesivos, sino también una obligación positiva de protección frente a terceros y frente a condiciones materiales o estructurales que pongan en riesgo los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Así, el Estado no solo detenta el

⁵⁰ OLEASTRO (2018). pp. 9-11

⁵¹ ÁLVAREZ Y OTROS (2017). p.70

⁵² OLEASTRO (2028) p.10

⁵³ FABELA Y VEGA (2023) p.62

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

monopolio legítimo del uso de la fuerza, sino que también es responsable de que este ejercicio se dé dentro de márgenes normativos rigurosos, respetando el contenido esencial de los derechos comprometidos.

En palabras de Luigi Ferrajoli, “la pena privativa de libertad no puede suponer la revocación de la condición de sujeto de derecho del condenado”⁵⁴. Lo anterior significa que la restricción de derechos debe ser interpretada de manera restrictiva, conforme al principio pro persona y al bloque de constitucionalidad, el cual incluye normas de derecho internacional de los derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El rol de garante adquiere particular relevancia en contextos donde las condiciones de reclusión afectan derechos no formalmente restringidos por la sentencia condenatoria. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido categórica al respecto, señalando que la obligación estatal de garantizar condiciones de detención compatibles con la dignidad humana es indelegable. Así lo sostuvo en el caso *Tibi vs. Ecuador* (2004), al establecer que “las personas privadas de libertad no pierden, por tal condición, los derechos inherentes a la dignidad humana, y el Estado tiene la obligación de garantizar a los internos el respeto a sus derechos fundamentales”.

Por lo tanto, cualquier afectación que exceda la privación de libertad —como la falta de acceso a atención médica adecuada, la restricción de visitas familiares, la alimentación insuficiente o condiciones de hacinamiento— debe ser considerada una vulneración a la posición de garante del Estado. No se trata simplemente de omisiones administrativas, sino de infracciones graves al deber jurídico de custodia y protección integral.

En esta línea, autores como Juan Carlos Ferré Olivé han desarrollado ampliamente la noción de responsabilidad por omisión institucional del Estado, subrayando que “la custodia estatal genera un deber jurídico de garante que, al ser incumplido, compromete la responsabilidad por las consecuencias lesivas que puedan derivarse de dicha omisión”⁵⁵.

Este estándar se refuerza cuando las personas privadas de libertad se encuentran en situación de vulnerabilidad interseccional —mujeres, niños, personas LGTBIQ+, personas con discapacidad, extranjeros, entre otros—, frente a los cuales el Estado debe adoptar medidas especiales de protección, en atención al principio de igualdad material y no discriminación. El *Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión*, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1988, establece en su Principio 5 que “los derechos no afectados por la privación de libertad seguirán siendo reconocidos y respetados”.⁵⁶

En consecuencia, la legalidad de la privación de libertad no habilita al Estado para ejercer potestades más allá de las expresamente conferidas. La intervención estatal debe ser mínima, legal, proporcional y finalísticamente adecuada. De lo contrario, el Estado transgrede su rol de garante y se transforma, paradójicamente, en agente de violación de derechos humanos.

⁵⁴ DERECHO Y RAZÓN, (1995), p. 841

⁵⁵ RESPONSABILIDAD PENAL DEL ESTADO POR OMISIÓN INSTITUCIONAL, (2010). p. 147.

⁵⁶ CONJUNTO DE PRINCIPIOS PARA LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS SOMETIDAS A CUALQUIER FORMA DE DETENCIÓN O PRISIÓN, ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, (1988).

V. DESAFÍOS EN SU IMPLEMENTACIÓN

Históricamente, la concepción tradicional del rol de cuidado infantil se ha encontrado ligada a la figura materna, debido a los estereotipos y roles de género que se encuentran intrínsecos en nuestra sociedad, como en la construcción normativa que nos lleva a seguir reforzando los roles parentales dentro de las dinámicas familiares. En consecuencia, de esta construcción social, es que la crianza de los hijos se le es atribuida -e impuesta- a las mujeres por su rol de “cuidadoras”; esto a su vez ha condicionado la forma en que los sistemas penitenciarios entienden y abordan el vínculo familiar entre las personas privadas de libertad y sus hijos, invisibilizando en gran medida la figura del padre como “cuidador”.

Las mujeres madres privadas de libertad tienen características distintas a las de los hombres respecto de la crianza de sus hijos debido a que “sufren de una doble vulneración al vivenciar violencia de género y estar insertas en un contexto cultural donde persisten patrones machistas⁵⁷”. Respecto de esto, incluso se podría decir que las madres privadas de libertad, además de deber cumplir condenas por cual sea la razón por la cual se encuentren privadas de libertad, también se encuentran condenadas a ser vistas socialmente como “malas madres” al dejar de lado este rol de crianza impuesto únicamente a ellas, lo que llevaría a pensar que esta es su “segunda condena”, algo que no ocurre con los hombres que son padres y se encuentran privados de libertad.

Esta doble vulneración o doble “condena” no es lo único que sufren las mujeres madres estando privadas de libertad; existe una tercera situación en la cual, en aquellos recintos penitenciarios donde se les permite a las reclusas estar con sus hijos, los funcionarios de estas utilizan su situación de poder para ejercer un mecanismo de control social en el cual las internas no tienen otra alternativa que asumir una actitud de sumisión frente a ellos con tal de que su crianza o sus hijos no sufran consecuencias. Estos casos pueden resultar particularmente complejos debido a su carácter poco transparente respecto de lo establecido en la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en las Reglas de Bangkok, en específico en la Regla N°22 sobre disciplina y sanciones, la que dispone que “No se aplicarán sanciones de aislamiento o segregación disciplinaria a las mujeres embarazadas, ni a las mujeres con hijos o a las madres en periodo de lactancia”. Sin embargo, a pesar de tratarse de situaciones teóricamente inadmisibles, no se trata de escenarios completamente ajenos en contextos reales de ejercicio del poder y control.

Respecto de la figura paterna en una concepción tradicional de la dinámica familiar, estos representan históricamente el rol de “proveedores”, evidenciando una total desvinculación entre la paternidad y cualquier implicación afectiva o de cuidado desde la figura paterna. Esta concepción tradicional de la paternidad se ve reflejada en las consecuencias de que un padre sea privado de libertad, viéndose únicamente afectado el bienestar económico del grupo familiar, y en caso de pensar en una posibilidad en que un niño pueda vivir con su padre en un recinto penitenciario, es para muchas realidades y contextos penitenciarios y judiciales, un supuesto anómalo, pero no así descartado para un futuro.

Volviendo a la realidad de la invisibilización de la figura paterna como cuidador primario en contextos en donde es privado de libertad, podemos evidenciar casos en los cuales, aunque en la realidad un padre tenga la custodia judicial de un menor de dos años y sea el único referente parental activo, se le niega la posibilidad de mantener al menor con él durante su reclusión, sin una consideración real al interés superior del niño en casos concretos como estos. Como pudimos analizar, a diferencia del contexto de las madres privadas de libertad, en el caso de los padres

⁵⁷ REYES ET AL (2023). p. 3.

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

privados de libertad, no se verifican diseños de políticas o programas penitenciarios que los registren e incluyan como cuidadores privados de libertad.

La ausencia de iniciativas que los incluyan se evidencia con un trasfondo más simple que las políticas o la infraestructura penitenciaria, sino que se trata ya de una desconfianza institucional frente a la figura del padre cuidador, a diferencia de las madres, cuya maternidad y voluntad de que permanezcan con sus hijos en prisión es vista como una lógica, y la paternidad del padre es vista con sospecha o falta de autenticidad. La doble visión que tiene el sistema sobre la solicitud o consideración por ambos, madre y padre, refuerza la idea principal de los roles de género que se encuentran insertos y evidenciados en estos contextos: la madre como cuidadora y el padre como proveedor, pero nunca como un cuidador legítimo, limitando cualquier posibilidad de una solución institucional viable que vele por el interés superior del menor y su crianza.

Esta concepción social en la que se separa la crianza y la paternidad de aquellos privados de libertad conlleva la inexistencia de mecanismos normativos claros que permitan orientar un análisis desde una perspectiva de derechos del niño, pero como pudimos analizar, en la mayoría de los casos la autoridad penitenciaria no cuenta con criterios técnicos ni jurídicos para evaluar estas situaciones debido a los roles tradicionales en la dinámica familiar, y también suele rechazarlas de plano por considerar que los recintos penitenciarios masculinos significan exponer al menor a un entorno intimidante y por consiguiente peligroso, que es incompatible con una crianza segura para el menor en su cuidado, pero sin tener otra alternativa que no implique una ruptura del vínculo parental.

Otro de los importantes desafíos que enfrenta la posible implementación de estas unidades especializadas en centros penitenciarios masculinos, a diferencia de las unidades ya implementadas en cárceles femeninas, son las limitaciones estructurales, las que afectan el correcto y seguro desarrollo del menor. Informes del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) indican que las unidades materno-infantiles “registran condiciones precarias, incluso sin acceso continuo a agua caliente ni a servicios médicos pediátricos dentro del recinto⁵⁸”, lo que nos hace replantearnos la idea de qué tan adaptable es una de estas unidades en cárceles masculinas, si incluso las unidades en cárceles femeninas registran estas condiciones, teniendo en cuenta que fueron las cárceles que primero implementaron estas unidades especializadas.

No es algo nuevo el conocimiento de que las cárceles masculinas en Chile se construyen bajo lógicas de control y vigilancia de los adultos hombres privados de libertad. Como podemos seguir diferenciando de las cárceles femeninas, no se contemplan las necesidades propias que le significan al cuidado infantil ni del cuidado de la maternidad, y en el caso de que se habiliten unidades especiales, esta suele ser improvisada o deficitaria al carecer de elementos esenciales como lo son espacios adecuados para el descanso infantil, con cunas y sillas ergonómicas, baños con condiciones de higiene apropiadas para bañar a un infante, salas de estimulación temprana con juegos, colores, materiales blandos y luz natural, además de dormitorios aislados del resto de la población penal para garantizar un ambiente seguro y tranquilo.

El problema central de esto es que los recintos penitenciarios masculinos están diseñados - estructural y operativamente- para únicamente el albergue de población penal adulta masculina, sin considerar el albergue de menores, por lo que considerar la reestructuración para adaptar estas cárceles a menores implica una serie de desafíos que impactan directamente en la garantía del interés superior del niño. Al regirse por un sistema estructural que sigue los principios de control, vigilancia y castigo, evidenciamos que estos son incompatibles con los principios que siguen —o deberían seguirse— en las unidades penales especializadas para menores de dos años: necesidades

⁵⁸ INFORME INDH (2019).

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

de cuidado, seguridad y afecto, propias de la infancia. Los menores se encontraron expuestos a altos niveles de ruido y de conductas agresivas propias del entorno penitenciario masculino, y la seguridad, al estar orientada al control de adultos, sería difícil de adaptar al personal de gendarmería y los protocolos existentes, y mucho menos la infraestructura, para las situaciones de emergencia infantil.

Las deficiencias del ambiente material de la posible implementación de estas afectan directamente el desarrollo integral del menor, con un ambiente de seguridad diseñado para el control de adultos, sin existencia de protocolos ni infraestructura material adaptable para la niñez. Significa un modelo carcelario que puede verse en completa discrepancia con las necesidades de un niño en la etapa de crianza, lo que puede llegar a poner en riesgo la integridad del menor, si es que no se realizan las adaptaciones tanto en infraestructura como una futura regulación que pueda de igual manera adaptarse a los ambientes en cárceles masculinas, con los protocolos que se tienen para las unidades materno-infantiles en cárceles femeninas chilenas.

Finalmente, un aspecto imprescindible para el desarrollo de los vínculos en contexto de privación de libertad pasa necesariamente por contar con condiciones que aseguren la seguridad de los niños en recintos penitenciarios, habida cuenta de los múltiples riesgos existentes para los menores al momento de retomar contacto con sus padres en unidades penitenciarias.

Un primer aspecto de necesidad al pensar en eventuales modificaciones se asociaría con establecer condiciones para permitir que se produzca el apego entre los padres con sus respectivos hijos. Como señala Cortazar et. al, el apego familiar es de trascendental importancia en los primeros años de vida del niño, determinando aspectos claves de la vida posterior de estos último como lo puede ser la autoconfianza o el desarrollo de conductas sociales que favorezcan la relación con otros⁵⁹. Por ello la relevancia de que el niño se encuentre en un espacio protegido que permita contar con los espacios para poder mantener el vínculo con los padres de forma sana mientras dura la condena.

Otro aspecto de relevancia en cuanto a la protección de los menores que visitan a sus padres en recintos masculinos tiene que ver con la prohibición de cualquier forma discriminatoria o lesiva de derechos hacia los niños en los centros penitenciarios. Esto, considerando las diversas formas de vulneración que han sido expuestas en párrafos anteriores, y que se dan cuando los niños visitan a sus padres por parte del personal de gendarmería, lo que va desde desnudamientos hasta violencia física.

En esa línea, instituciones como PIDEE han hecho recomendaciones a las instituciones penitenciarias de promover una mayor supervisión de las acciones de Gendarmería que tenga por objeto implementar las disposiciones que establezca actualmente la Convención de Derechos del Niño y que vaya en la dirección de evitar la existencia de vulneraciones que no solo lesiones los derechos de los niños, sino que impidan establecer las condiciones para el mantenimiento de los vínculos filiales con sus respectivos padres durante la privación de libertad⁶⁰.

VI. CONCLUSIONES

En cuanto a las relaciones de padres e hijos dentro de las cárceles, se puede concluir que en sí, este punto carece de relevancia dentro de las Unidades Penales Especializadas y afecta negativamente en las relaciones entre padres e hijos. Estamos frente a una desigualdad en el sistema penitenciario chileno.

⁵⁹ CORTÁZAR ET AL ,(2015), pp.2-3

⁶⁰ PIDEE (2019)

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

A contrario sensu, hay una existencia palpable de módulos en donde las madres pueden criar y afianzar lazos con sus hijos, los padres no cuentan con aquella posibilidad y en sí, se estaría vulnerando el fin todo lo que rodea al principio del bien superior del niño. A su vez, también estaríamos frente a una reproducción y perpetuación sobre roles de género en cuanto a los cuidados, haciendo caso omiso a los estándares dentro de convenciones como la Convención sobre los Derechos del Niño, Reglas de Bangkok y Reglas de Brasilia.

Hay una evidente necesidad de la implementación de espacios de crianza y relaciones en las cárceles masculinas y que en sí, cuenten con una infraestructura adecuada junto a un personal capacitado y así beneficiar al desarrollo integral del NNA que se cría los primeros años de vida en recintos penitenciarios.

La creación de estas unidades especializadas es una obligación jurídica que el Estado debe asumir y va más allá de ser una medida relativa a la igualdad de trato, sino que se trata de avanzar hacia un modelo penitenciario que sea respetuoso con los derechos del niño y vínculos familiares.

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

BIBLIOGRAFÍA

Legislaciones

Convención de los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989).

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad: Opinión consultiva OC-29/22 (30 de mayo de 2022).

Ley Chile (1990) Decreto 830 que promulga Convención de Derechos del Niño.

Naciones Unidas, Asamblea General: Declaración de los Derechos del Niño: A/4354 (20 de noviembre de 1959).

Naciones Unidas, Asamblea General: “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, 43/173 (09 de diciembre de 1988).

Naciones Unidas, Asamblea General: “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), A/70/490 (17 de diciembre de 2015).

Naciones Unidas, Asamblea General: Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad de las Mujeres Delinquentes (Reglas de Bangkok): A/65/457 (16 de marzo de 2011).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966).

Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16 de diciembre de 1966).

Artículos

AINA IBÁÑEZ ROIG Y ALBERT PEDROSA BOU (2018): *El papel de las familias en la reinserción de las personas que salen de la prisión* (Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada).

ÁLVAREZ VIVAR, LUIS ET AL (2017): “Paternidad y su incidencia en el desistimiento delictivo: una revisión teórica” *Revista Criminalidad*, vol. 59, N° 1: pp. 65-75.

CILLERO BRUÑOL, MIGUEL (2001): *El Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* (Costa Rica, UNICEF).

CORTÁZAR, ALEJANDRA; FERNÁNDEZ, PAULA; LÉNIZ, PAULA; QUESILLE, ANUAR; VILLALOBOS, CRISTOBAL Y VIELMA CONSTANZA (2015): “¿Qué pasa con los hijos de madres encarceladas? Cómo amortiguar los efectos nocivos para los niños cuyos padres están privados de libertad. Instituto de Políticas Públicas. Universidad Diego Portales.

CWS (2018): “Informe Internacional de Investigación. Chile: Niños, niñas y adolescentes con madres y padres encarcelados por delitos de drogas menores no violentos”. Disponible en internet: <https://www.cwslac.org/nnapes-pdd/docs/PDD-Chile.pdf> [Fecha de consulta: 21-08-2025]

DIPRES (2022) *Monitoreo y seguimiento de oferta pública “Creciendo juntos”*.

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

FABELA ARRIAGADA, JUAN Y VEGA MONDRAGÓN (2023): “*Padres en prisión ¿quién media su paternidad?*”. Revista Psicología sin Fronteras, vol. 6 N° 11: pp. 57-71.

FERRAJOLI, LUIGI (1995): “*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Prólogo de Norberto Bobbio*” (Madrid, Editorial Trotta, décima edición).

FERREIRA CASTANHO, ANA CAROLINA, DADALTE, ALINE CRISTINA Y PIRES SCHERER, ZEYNE ALVES (2020): “La familia en proceso de reinserción social de los egresados del sistema penitenciario” *REFACS (online)*, jul/sept: 503-511.

FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS (2010): *Responsabilidad penal del Estado por omisión institucional* (España, Revista General de Derecho Penal).

GARIBALDI RIVOIR, CECILIA (2018): “Alivios y culpas de una maternidad en la cárcel. Reflexiones a partir de una investigación antropológica”, *Revista Encuentros Uruguayos*, vol. XI, N° 2: pp. 116-137.

GENDARMERÍA DE CHILE (2017) Requisitos para acceder al programa Creciendo Juntos.

GENDARMERÍA DE CHILE (2019) Compendio estadístico penitenciario.

GENDARMERÍA DE CHILE (2025): Estadísticas penitenciarias. Recuperado de https://www.gendarmeria.gob.cl/est_general.html

INDH (2018) Estudio de las condiciones carcelarias en Chile: Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de Derechos Humanos en la privación de libertad.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2019): “Tercer estudio de las condiciones carcelarias en Chile: Malas condiciones de vida, hacinamiento, castigos y violencia persisten en cárceles chilenas”. Disponible en: <https://www.indh.cl/informe-indh-malas-condiciones-de-vida-hacinamiento-castigos-y-violencia-persisten-en-carceles-chilenas/> [Fecha de consulta: 05 de agosto del 2025].

MEDINA MARTÍNEZ, PAOLA BEATRIZ (2017): *Maternidad y lactancia materna en la cárcel: análisis desde la etnografía institucional*. Tesis para optar al grado de Magíster en Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile.

MENDES BRAGA, ANA GABRIELA (2015): “Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada”, *Revista Direito GV*, vol. 11, N° 2: pp. 523-546.

OLEASTRO, INÉS (2018): Son mi debilidad. Paternidades en varones detenidos en cárceles de la Provincia de Buenos Aires. V° Jornadas CINIG de Estudios de Género y Feminismos y III° Congreso Internacional de Identidades, pp. 1-13. (10 y 12 de julio).

PIDEE (2019) Barrotes, sentadillas y desnudos: Las vulneraciones que visitan a familiares presos. Recuperado de <https://www.pidee.cl/uncategorized/barrotes-sentadillas-y-desnudos-las-vulneraciones-a-ninos-que-visitan-a-familiares-presos/> el 24/08/2025.

RAMÍREZ ALBORNOZ, JAVIERA CECILIA (2022): “La situación actual que viven niños y niñas menores que residen con sus madres en prisión y su regulación en Chile”, *Revista Estudiantil de Derecho Procesal*, N°2, Ed. Especial: Derecho Procesal Penal: pp. 36-40.

RED DE ACCIÓN CARCELARIA (2024) Mujeres privadas de libertad en Chile. Boletín N°2 Segundo trimestre 2024.

Unidades penales especializadas para niños menores de dos años en cárceles masculinas

REYES, CLAUDIA, MUÑOZ, MAIDA Y CALDERÓN, DANIELA (2023): “Maternidad y paternidad en el sistema privativo de libertad”, *Revista Austral de Ciencias Sociales* N°44: pp. 181-203.

ROBERT, OLIVER (2007): *El impacto que el encarcelamiento de un(a) progenitor(a) tiene sobre sus hijos* (trad. Gabriela Lozano, Suiza, Quaker United Nations Office). Disponible en: https://www.quno.org/sites/default/files/resources/ESPAÑOL_The%20impact%20of%20parental%20imprisonment%20on%20children.pdf [Fecha de consulta: 5 de agosto 2025].

ROSENBERG, JENNIFER (2009): *La niñez también necesita de su papá: hijos e hijas de padres encarcelados* (Quaker United Nations Office).

SILVA, DANIELA (2024): Maternidad en las cárceles de Chile: Una mirada desde el estándar del derecho internacional de los derechos humanos. *Revista de Estudios de la Justicia*, N°41, pp.117-141

TORRES TERRAZAS, PAUL ADRIÁN (2023): “La privación de la libertad y el apoyo familiar”, *Revista Orexis. Exploraciones Éticas*, N° 1: 95-105.

TRECHERA, JOSÉ; GARIBOTTO, GIORGINA Y ALEJANDRA URRETA: “Los hijos de los presos: Vínculo afectivo entre padres privados de libertad y sus hijos/as. Avances de un estudio exploratorio”. *Ciencias Psicológicas* 2012; VI (1): 57 - 74.

VALDIVIESO ELISSETCHE, MÓNICA Y LÓPEZ GARRIDO, VALENTINA (2018): *El derecho de las personas privadas de libertad a conservar sus vínculos familiares en el sistema interamericano de derechos humanos*. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

La IA como nuevo método delictivo: El desafío para nuestros tribunales

¿AUTONOMÍA REAL O DEPENDENCIA FUNCIONAL? TENSIONES INSTITUCIONALES EN LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA

Camila Alfaro⁶¹

Fernanda Araya⁶²

Jaimy Cárdenas⁶³

RESUMEN

La Defensoría Penal Pública (DPP) fue creada en Chile como parte de la reforma procesal penal para garantizar una defensa adecuada a los imputados. Aunque legalmente posee autonomía administrativa y territorial, en la práctica depende del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia, según la Ley 19.718. Este trabajo plantea si dicha dependencia se justifica o si se requiere una autonomía real. Se destaca que la defensa penal es un derecho fundamental, por lo que la DPP debería contar con independencia funcional, administrativa y presupuestaria para evitar injerencias políticas y cumplir eficazmente su rol en el sistema penal acusatorio.

Palabras claves: Autonomía – Defensoría Penal Pública – Dependencia Funcional – Derechos Fundamentales – Sistema Acusatorio

REAL AUTONOMY OR FUNCTIONAL DEPENDENCE? INSTITUCIONAL TENSIONS IN THE PUBLIC CRIMINAL DEFENSE OFFICE

ABSTRACT

The Public Criminal Defense Office (Defensoría Penal Pública, DPP) was established in Chile as part of the criminal procedure reform, with the aim of ensuring adequate legal defense for the accused. Although the DPP is legally granted administrative and territorial autonomy, in practice it remains dependent on the Executive Branch through the Ministry of Justice, according to Law No. 19.718. This paper questions whether such dependence is justified or whether true autonomy is required. It emphasizes that criminal defense is a fundamental right, and therefore, the DPP should have functional, administrative, and budgetary independence in order to avoid political interference and effectively fulfill its role within the adversarial criminal justice system.

Key words: Autonomy – Public Criminal Defense Office – Functional Dependence – Fundamental Rights – Adversarial System

⁶¹ Estudiante de Derecho Universidad Alberto Hurtado. Dirección Postal 8340578.

Camila.alfaromartinez2@gmail.com

⁶² Estudiante de Derecho Universidad Alberto Hurtado. Dirección Postal 8340578.

Arayafer1413@gmail.com

⁶³ Estudiante de Derecho Universidad Alberto Hurtado. Dirección Postal 8340578. jaimycardenas@hotmail.com

¿Autonomía Real o Dependencia Funcional?: Tensiones institucionales en la Defensoría Penal Pública

I. Introducción

En Chile, la creación de la Defensoría Penal Pública (DPP) en el marco de la reforma procesal penal significó un avance sustancial en la garantía de los derechos de las personas imputadas. Sin embargo, a más de dos décadas de su instauración, persisten importantes tensiones respecto a su grado de autonomía institucional.

Aunque formalmente la DPP goza de descentralización administrativa, desconcentración territorial y personalidad jurídica propia, en la práctica, mantiene una dependencia funcional del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia. Conforme al artículo 1° de la Ley 19.718, de 10 de marzo de 2001, se establece que la Defensoría Penal Pública es: “Es un servicio público, descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia”⁶⁴.

En el presente trabajo se propone examinar si la Defensoría Penal en Chile debe contar con una autonomía real o si es posible justificar su actual dependencia funcional respecto de autoridades del Estado, particularmente del Poder Ejecutivo.

Esta reflexión parte de reconocer que la Defensoría Penal Pública no es una prestación asistencial cualquiera, sino una función estatal directamente vinculada a la garantía de derechos fundamentales. Su misión es asegurar que todas las personas imputadas, independientemente de su situación económica o social, reciban una defensa técnica adecuada frente al poder punitivo estatal. Por tanto, su rol exige independencia funcional, así como autonomía administrativa y presupuestaria, para lograr una defensa eficaz y sin injerencias políticas.

Surge entonces la siguiente pregunta: ¿hacia qué modelo institucional debe orientarse la DPP para fortalecer su rol en el sistema de justicia penal acusatorio adversarial? Para responder, se analizarán las ventajas y desventajas del modelo de dependencia funcional, para luego exponer los beneficios de una autonomía real.

II. Modelo de dependencia funcional respecto al Poder Ejecutivo

Entre las ventajas del modelo de dependencia funcional, incluyendo un análisis crítico, se encuentran las siguientes:

Primero, la Defensoría Penal Pública, al estar relacionada con órganos estatales, tiene la posibilidad de obtener recursos de forma más directa y estable. La administración pública cuenta con mecanismos consolidados para asegurar un financiamiento oportuno y continuo. No obstante, esto no garantiza que la DPP reciba los fondos necesarios, puesto que la asignación del presupuesto nacional está asociada a las prioridades políticas, dejando a las instituciones sin autoridad política desplazadas, a pesar de estar bajo el amparo del Ejecutivo.

Asimismo, la defensoría, al gozar de una dependencia funcional del Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Justicia, al momento de discutir el presupuesto que necesita para el

⁶⁴ Ley N° 19.718, 2001.

¿Autonomía Real o Dependencia Funcional?: Tensiones institucionales en la Defensoría Penal Pública

despliegue de sus diversos objetivos, el Defensor Nacional se ve limitado a comunicar la estimación monetaria que requiere la defensoría como tal, al Ministro de Justicia, por ende, este último es quien decide, en concordancia a las exigencias monetarias expresadas por los distintos servicios que están bajo dependencia del Ministerio de Justicia, el presupuesto financiero que requerirá ante el congreso.

En segundo término, la estrecha vinculación con las instituciones estatales permitiría una supervisión de la DPP, asegurando que se cumplan los estándares mínimos de calidad en la prestación de servicios de defensa penal. De esta forma, se podría aplicar un marco normativo que garantice a los imputados el correcto uso de su defensa tanto técnica como material, fomentando, además, la transparencia en los procedimientos y la rendición de cuentas, elementos esenciales que fortalecen la seguridad y confianza de la ciudadanía en el sistema de justicia.

Para optimizar esta ventaja, la supervisión debe implementarse de forma equilibrada y dirigida hacia la mejora continua, sin que se vuelva un control excesivo. Un elemento esencial que se podría reforzar sería la formación de herramientas de supervisión, que no esté únicamente enfocada en los resultados de la DPP, sino que también evalúen la formación y la calidad de los profesionales. La idea es promover una capacitación completa e íntegra de los defensores, mejorando el proceso y permitiendo una reducción de barreras burocráticas que dificultan las tareas de los defensores.

Por último, el aumento del alcance territorial y la atención a un mayor número de personas en situaciones de vulnerabilidad se manifiesta como una ventaja sustancial en la relación entre la DPP y el Estado. Los recursos entregados por parte del Estado facilitarían una distribución más justa y equitativa de servicios de defensa pública, especialmente en aquellos lugares alejados y carentes de medios para acceder a la justicia. Sin embargo, es trascendental que se piense en una asignación de recursos efectiva, teniendo en cuenta las características socioeconómicas de cada zona y sus diferencias geográficas, adaptándose a sus necesidades específicas. De esta forma, se evitarían riesgos de que las condiciones de atención en zonas con mayor marginación social no sean de calidad en comparación con las ciudades más extensas.

III. Análisis de las desventajas del modelo de dependencia funcional respecto al Poder Ejecutivo

Una de las principales desventajas es la vulnerabilidad institucional frente a presiones e influencias políticas. La falta de autonomía se hace visible particularmente en la designación y remoción del Defensor Nacional, debido a que el presidente de la República tiene la autoridad de ejercer ambas facultades, sin la necesidad de acreditar alguna causa legal ni seguir un procedimiento oportuno⁶⁵. Esto no solo debilita la independencia funcional de la institución, sino que también promueve la autocensura, pues la figura que lidera la defensoría se limita a tomar decisiones o adoptar ciertas posturas que no se contrapongan con las necesidades e intereses del gobierno, por el solo temor de perder su cargo.

⁶⁵ ARELLANO *et al.* (2021), pp. 25 y 26.

¿Autonomía Real o Dependencia Funcional?: Tensiones institucionales en la Defensoría Penal Pública

Continuando con los efectos negativos de que la DPP no goce de independencia, es su subordinación presupuestaria al Ministerio de Justicia lo cual limita sus facultades de funcionamiento autónomo, causando consecuencias que afectan tanto la calidad del servicio prestado como la equidad estructural del sistema de justicia. Dentro del presupuesto general del Ministerio de Justicia, se encuentran diversos servicios públicos a los cuales se les deben asignar fondos, por lo tanto, la defensoría está en una posición en la que debe competir con dichos servicios. Esto permite que el Ministerio priorice otras áreas que causen un mayor interés político o público, dejando a un lado las necesidades de la defensa, lo que implica una reducción en su capacidad de planificación estratégica y que se exponga a situaciones de recortes o reasignaciones de recursos por razones político-administrativas, que no forman parte de su cometido como institución.

El último elemento que cabe mencionar, considerado parte de los aspectos negativos es la percepción de la ciudadanía respecto a la falta de legitimidad institucional por parte de DPP. Este alcance permite observar que las funciones de la defensoría podrían verse influidas por valoraciones y juicios del Poder Ejecutivo, involucrándose indebidamente en el modelo o ejecución de políticas criminales, – que terminan siendo cuestionadas – comprometiendo la imparcialidad y su compromiso con los derechos fundamentales de la ciudadanía, específicamente, el de los imputados.

Este obstáculo genera una sensación de asimetría en los individuos que forman parte de sectores marginados, como imputados de escasos recursos, migrantes, indígenas, entre otros. Esto se debe a que dichas personas pueden sentir que el defensor público no está actuando en representación de ellos frente al poder del Estado, sino que más bien responde a este último, percibiendo un tipo de justicia sesgada en favor del Estado. De esta forma, se ve directamente afectada la percepción de imparcialidad de los individuos, desconfiando de esta institución y limitándose a colaborar con ella para la resolución de conflictos.

IV. Análisis de las ventajas del modelo de autonomía real

Ahora, pasando a las ventajas del modelo de autonomía real – incluyendo un análisis crítico – tenemos las siguientes:

En primer lugar, la autonomía real, el reconocimiento y garantía de una autonomía efectiva por parte del Estado permite que la DPP ejerza sus funciones sin injerencias indebidas, especialmente, respecto de otros poderes del Estado, como el ejecutivo. Esta independencia funcional es fundamental para resguardar el principio de igualdad de armas en el proceso penal – el cual constituye la base fundamental del modelo acusatorio adversarial al cual Chile adscribe –, y con ello, el derecho del imputado a contar con una defensa técnica y material eficaz, conforme a los estándares del debido proceso consagrados en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos, reconocidos por Chile y vigentes a la fecha.

“...se sostiene que la existencia de un servicio de Defensa Pública oficial autónoma constituye un requisito fundamental para poder garantizar adecuadamente el derecho consagrado en el artículo 8.2.e) de la Convención. Planteado en términos negativos, la carencia de un servicio de Defensa Pública autónomo generará un contexto en el que será más factible la violación del derecho a una defensa técnica eficaz y, con ello, del debido proceso legal, lo cual compromete la

¿Autonomía Real o Dependencia Funcional?: Tensiones institucionales en la Defensoría Penal Pública

responsabilidad internacional de los Estados. Además, la falta de un servicio de defensa autónomo constituirá un obstáculo para el acceso a la justicia de los sectores más vulnerables de la sociedad”⁶⁶.

En segundo lugar, un modelo institucional con plena autonomía permitiría optimizar la calidad técnica de la defensa penal, al garantizar que los defensores públicos ejerzan su labor con independencia profesional y criterios exclusivamente jurídicos. La existencia de salvaguardas frente a eventuales presiones de tipo político o administrativo resulta indispensable para el ejercicio de una defensa imparcial y eficiente. Esta autonomía, además, contribuye a fortalecer la legitimidad democrática del sistema de justicia penal, al generar mayor confianza pública en la imparcialidad y objetividad del actuar institucional.

En tercer lugar, una autonomía presupuestaria efectiva, permitiría a la Defensoría Penal Pública, definir y administrar sus propios recursos financieros, asegurando su suficiencia y adecuada distribución para el cumplimiento de su mandato constitucional. En este sentido, la configuración de autonomía para la defensoría le otorgaría la posibilidad al Defensor Nacional, de presentar de forma fundada, la estimación económica que requiere la institución, para alcanzar las diversas finalidades establecidas por la misma. En particular, ello resultaría fundamental para el fortalecimiento de sus capacidades investigativas, permitiendo la contratación de peritajes técnicos independientes, especializados y de alto estándar. Este tipo de herramientas resulta esencial para una defensa material eficaz, en tanto, la posibilidad de impugnar fundadamente la prueba de cargo presentada por la parte persecutora, como sustentar de forma sólida la teoría del caso de la defensa.

En cuarto lugar, la configuración autónoma de la DPP es indispensable, debido a que, en nuestro país actualmente no existe una subsidiariedad de prestación de servicios de defensa penal pública sobre la defensa penal privada, debido a que la mayoría de los ciudadanos que adquieren la calidad de imputado en un proceso penal, no poseen los recursos socioeconómicos necesarios para la contratación de una defensa privada. Por ende, es importante que la defensoría como institución, goce de la autonomía patrimonial, administrativa y potestativa necesaria, para lograr el otorgamiento de una defensa técnica y material de forma robusta y efectiva a aquellos individuos que obtienen la condición de imputado, debido a ser objeto de un proceso penal.

V. Participación institucional y políticas públicas

Por último, una independencia institucional fuerte permitiría a la Defensoría Penal Pública participar de manera activa y técnica en los procesos de diseño de políticas criminales y reformas legislativas en materia penal. Su incorporación en estas instancias contribuiría a enriquecer el debate con una perspectiva centrada en la garantía de los derechos fundamentales de las personas imputadas, equilibrando el interés público en la persecución penal con los principios del debido proceso y la proporcionalidad. Esta participación institucional colaborativa favorecería una visión más integral y sistemática del derecho penal, orientada a soluciones más eficaces, humanas y respetuosas del Estado de Derecho.

⁶⁶ MARTÍNEZ (2013), p. 9.

¿Autonomía Real o Dependencia Funcional?: Tensiones institucionales en la Defensoría Penal Pública

Ahora bien, basándose en lo anterior, la dependencia funcional de la DPP con el presidente de la República por medio del Ministerio de Justicia deriva en la imposibilidad de que la defensoría como institución, actúe íntegramente en el alcance de sus diversas finalidades. Lo anterior, se basa en que en la actualidad, el Defensor Nacional, es elegido y removido por el Presidente de la República, por ende, se configura como un miembro de la exclusiva confianza del Presidente, en razón de lo anterior, existe una cierta sujeción del Defensor Nacional con el Presidente de la República, lo que deriva en la incapacidad del Defensor Nacional de perseguir cabalmente las finalidades propuestas por la DPP, en aquellos casos en que tales objetivos sean contrarios a las políticas establecidas por el gobierno de turno. “La profunda dependencia de la DPP al gobierno de turno no solo limita la posibilidad de configurar una política de defensa penal estable en el tiempo, sino también —como veremos— afecta directamente el debido proceso y el derecho a la defensa”⁶⁷.

Teniendo en cuenta las ventajas anteriormente explicadas con respecto a la autonomía real, reconocemos que la defensa de la autonomía de la Defensoría Penal Pública resulta esencial para garantizar el derecho de los imputados a una defensa eficaz. También, es importante contemplar el fortalecimiento de la democracia y la legitimidad del sistema de justicia penal en su conjunto. La autonomía de la DPP aseguraría que esta institución pueda cumplir su mandato constitucional de manera eficiente, imparcial y libre de injerencias externas. Este modelo no solo protege los derechos fundamentales de los acusados, sino que también mejora la calidad técnica de la defensa y contribuye al diseño de políticas públicas penales más justas y equilibradas. Así, creemos firmemente que la autonomía real de la defensoría debe ser reconocida y garantizada como un pilar importante de nuestro sistema de justicia penal, en alineación con los estándares internacionales de derechos humanos y en beneficio de una sociedad más justa y equitativa.

VI. Conclusiones

La propuesta de establecer un modelo verdaderamente autónomo para la defensoría se fundamenta en la necesidad de fortalecer los mecanismos de control y equilibrio institucional propios del sistema penal bajo un modelo acusatorio adversarial. Dotar a la DPP de autonomía funcional, administrativa y presupuestaria, no solo permite reforzar su capacidad para ejercer una defensa técnica y material efectiva, sino que también, garantiza su actuación independiente frente a eventuales presiones externas, alineándose con los principios de igualdad de armas y debido proceso.

El profesor Rafael Blanco Suárez, profesor de la Cátedra del OPR: Estado de Derecho y Políticas de Persecución Criminal, en clases, sostuvo que una defensoría autónoma cumple una función esencial de contrapeso frente al Ministerio Público, lo que resulta imprescindible en un sistema donde ambas partes deben litigar en condiciones de paridad ante un juez imparcial. Asimismo, advierte que mantener a la DPP bajo la dependencia del Poder Ejecutivo puede someterla a lógicas ajenas a su función garantista, limitando su visibilidad y voz dentro del proceso penal.

⁶⁷ CHEYRE (2015), p. 103.

¿Autonomía Real o Dependencia Funcional?: Tensiones institucionales en la Defensoría Penal Pública

Por tanto, se concluye que dotar a la DPP de plena autonomía funcional, administrativa y presupuestaria, es indispensable para fortalecer su rol dentro del sistema acusatorio adversarial. Este modelo institucional se alinea con los estándares internacionales de derechos humanos y con los principios de un Estado democrático de Derecho.

“La DPP necesita, en este sentido, de autonomía porque el cumplimiento de su deber como órgano encargado de tutelar la protección de los derechos humanos, tanto en el orden interno como en el internacional, exige una estructura que se aleje de los intereses contingentes del Estado”⁶⁸.

Bibliografía Citada

a) Libro

ARELLANO QUINTANA, Jaime y otros (2021): *Autonomía de la Defensoría Penal Pública*. (Defensoría Penal Pública, Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA, Universidad Alberto Hurtado).

b) Artículos académicos

CHEYRE, Juan (2015): *La defensa penal pública en el sistema interamericano: Defensor interamericano y fortalecimiento institucional*. (Centro de Estudios Internacionales de la Universidad Católica). Recuperado de https://centroestudiosinternacionales.uc.cl/images/publicaciones/publicaciones-ceiuc/cuaderno_de_difusi%C3%B3n_n10.pdf#page=102

MARTÍNEZ, Stella (2013): *La autonomía de la defensa pública como garantía del derecho a una defensa técnica eficaz*. (Revista MPD). Recuperado de <https://www.mpd.gov.ar/uploads/documentos/Revista%20MPD%20para%20web.pdf#page=147>

c) Apuntes clases

BLANCO, Rafael (2025). *Apuntes de clases, OPR: Estado de Derecho y Políticas de Persecución Criminal*. (Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Primer semestre 2025).

⁶⁸ CHEYRE (2015), p. 110.

La Inteligencia Artificial como nuevo método delictivo: El desafío para nuestros tribunales

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO NUEVO MÉTODO DELICTIVO: EL DESAFÍO PARA NUESTROS TRIBUNALES.

Manuel Núñez Díaz⁶⁹, Esteban Vega Santis⁷⁰

RESUMEN: El presente trabajo analiza críticamente los desafíos que representa el uso de inteligencia artificial, particularmente las tecnologías Deepfake, en la comisión de delitos sexuales contra menores de edad y cómo el sistema penal chileno se muestra insuficiente frente a estas nuevas formas de agresión. A partir del conocido “caso Saint George”, en que se generaron imágenes pornográficas de menores mediante IA, se evidencia una alarmante desconexión entre la legislación penal vigente, específicamente el artículo 367 quáter del Código Penal y su aplicación judicial. En primer lugar, se sostiene que existe una dogmática estéril en el tratamiento penal de estas conductas que ignora herramientas legales ya disponibles. En segundo lugar, se contrasta esta ineficiencia con la experiencia del derecho argentino, donde el tribunal actuó conforme a estándares internacionales, reconociendo que la pornografía infantil también abarca representaciones simuladas o generadas por IA, protegiendo así efectivamente los derechos de niños. Finalmente, se concluye que la falta de una reacción normativa y jurisprudencial adecuada en Chile genera un clima de impunidad, dejando en la indefensión a las víctimas y normalizando formas modernas de violencia y explotación sexual que deberían ser abordadas con urgencia por el derecho penal contemporáneo.

Palabras clave: Inteligencia Artificial, Derecho penal argentino, artículo 367 quater C.P, Derechos fundamentales.

ABSTRACT: *This paper critically examines the challenges posed by the use of artificial intelligence, particularly Deepfake technologies, in the commission of sexual offenses against minors, and how the Chilean criminal justice system proves insufficient in addressing these new forms of aggression. Drawing on the well-known “Saint George case,” in which pornographic images of minors were generated through AI, the study highlights a troubling disconnect between the current criminal legislation—specifically Article 367 quater of the Chilean Penal Code—and its judicial application. First, it is argued that the prevailing legal doctrine in Chile offers a sterile approach to the criminal treatment of these behaviors, overlooking existing legal tools. Second, this inefficiency is contrasted with the Argentine legal experience, where the court acted in line with international standards, recognizing that child pornography also encompasses simulated or AI-generated representations, thereby effectively safeguarding children’s rights. Finally, the paper concludes that the absence of an adequate normative and jurisprudential response in Chile fosters a climate of impunity, leaving victims unprotected and normalizing modern forms of sexual violence and exploitation that should be urgently addressed by contemporary criminal law.*

Keywords: *Artificial Intelligence, Argentine Criminal Law, Article 367 quater of the Penal Code, Fundamental Rights.*

⁶⁹ Estudiante de Pregrado, Universidad Diego Portales, Ayudante de Derecho Constitucional, miembro de la Academia de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. Correo electrónico: Manuel.nuenez2@mail.udpp.cl

⁷⁰ Estudiante de Pregrado, Universidad Diego Portales, Miembro de la Sociedad de Debate, ayudante de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales, Esteban.vega@mail.udpp.cl

La Inteligencia Artificial como nuevo método delictivo: El desafío para nuestros tribunales

I.INTRODUCCION

La inteligencia artificial ha sido objeto en estos últimos años de diferentes reacciones por parte de la sociedad, tanto innovadoras por el uso y sus consecuencias para con la vida diaria de las personas, en nuestro país es patente la falta de desarrollo normativo como jurisprudencial de este nueva (llamaremos) “forma” de cometer delitos, en este sentido como primer acápite cabe describir (de manera general) lo que representa hoy la inteligencia artificial (en adelante IA), pues esta tecnología nos enfrenta hoy a nuevos desafíos para la legislación chilena en materia de la tipificación de los delitos, en palabras del académico Carlos Araya Paz, *“Uno de los temas más problemáticos que enfrenta la inteligencia artificial consiste en el régimen de responsabilidad legal aplicable. Como mencionamos, la inteligencia artificial genera un impacto en la vida cotidiana, y ese impacto puede eventualmente traer consigo daños para los seres humanos que acceden a dicha tecnología.”*⁷¹

Hoy a la fecha es posible ver que cada día las herramientas que nos ofrece esta tecnología son más sofisticadas, ejemplo de ello son los videos e imágenes falsas llamadas “Deepfake”, las cuales en base a personas comunes (eminentemente aquellas que tienen mayor actividad en redes sociales) crean y distorsionan la realidad con intenciones perversas, generando daños irreparables a quienes les afecta. De lo anteriormente comentado nace el caso que nos ha llevado a escribir estas líneas, denominado “Caso Saint George” en donde cuatro estudiantes varones de enseñanza media ocupando la tecnología “Deepfake” y con fotos de sus compañeras de curso generaron material pornográfico difundido entre toda la institución educacional, llegando a saberse por los padres de estas menores y los directivos del colegio, quienes tomaron las acciones legales correspondientes no obteniendo a la luz del derecho un dictamen favorable para las víctimas.

Finalmente, Lo que se tratara de abordar con este trabajo es el análisis del art. 367 quater del Código penal y su escasa aplicación por los tribunales, por otro lado, se buscara dar una visión comparativa de como es el tratamiento penal que se le ha dado a la IA en la legislación argentina, esto a través, de la revisión jurisprudencial recientemente dictada por sus tribunales y el análisis de las propias disposiciones que esta contiene.

Por último, será de útil uso para el razonamiento de las ideas planteadas, el recurrir a distintas fuentes doctrinales que entregarán una visión más detallada de algunos de los temas en comento.

II. MARCO NORMATIVO: 367 QUATER Y SU APLICACIÓN ESTERIL.

Tal como lo ha definido nuestro legislador el artículo 367 quater (por sobre todo) en su inciso cuarto este ha explicitado que “se entenderá por material pornográfico o de explotación sexual en cuya elaboración hubieren sido utilizadas personas menores de dieciocho años, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas”, es bajo este parangón que hoy nuestros tribunales al levantar las alertas sobre el uso de IA para la creación

⁷¹ Araya Paz, C. (2020).

La Inteligencia Artificial como nuevo método delictivo: El desafío para nuestros tribunales

de material pornográfico, debieran inmediatamente dirigirse a la presente disposición pues tal como lo indica aquella la representaciones “reales o simuladas” deberán ser castigadas, pero claramente hoy esta disposición a lo menos es pasada por alto. A la luz del caso analizado, poca atención (más bien nada) se le presta a esta normativa que debiera ser la piedra angular del caso, pues tanto los querellantes y los tribunales a pesar de la legislación existente no se ajustan con ella sino más bien desvían su mirada hacia lo conocido y eminentemente fomentan una muy infértil dogmática que deja soslayado el trabajo del legislador en cuanto a normativa ya existente, pero sin uso, lo que da paso a que este tipo de delitos no tengan el suficiente desarrollo jurisprudencial y doctrinal que debieran tener pues hoy estamos frente al inicio de este tipo de prácticas que cada vez se harán más comunes con el pasar del tiempo.

Por lo demás si el legislador ha querido darle relevancia a este tipo de comisión del delito y aun así nuestros tribunales no prestan la debida atención a ello, estaríamos evidentemente dando paso a que los perpetradores de estos actos no vean en ello (al cometerlos) un problema pues como lo hemos venido analizando un caso como este solo ve su resolución en un recurso de protección.

III.DERECHO COMPARADO: EL CASO ARGENTINO “P.D.O.”

En el caso " P.D.O. - S/ recurso de apelación" los hechos que concurren a dicha sentencia son las siguientes: el imputado calificado con las siglas “PDO” fue acusado de hechos constitutivos de publicación y distribución de representaciones de menores de dieciocho años dedicados a actividades sexuales, las cuales fueron agravadas por tratarse de menores de trece años.

El Dr. Francisco J. Morell Otamendi, defensor oficial del imputado interpuso un recurso de apelación, esto fundado en la perspectiva de la defensa de considerar que la jueza de primera instancia habría realizado una resolución arbitraria al omitir los planteamientos de su respectiva oposición como no tratar el elemento normativo vinculado a la edad de las víctimas previsto en el art 128 del CP argentino como tampoco trata el argumento centrado en la verdadera existencia en el mundo real de las personas que aparecen representadas en las imágenes.

También se menciona que ninguna de las víctimas resultó debidamente identificada y que no se respondieron las dudas clave sobre la fecha en la que se generaron las imágenes como su autenticidad, cuestiones que no fueron respondidas ni por la investigación ni por la resolución recurrida. Añade que no se ha descartado que el material de “pornografía infantil” este integrado por imágenes ficticias y que en otras palabras tales personas no existen, ya que fueron creadas por inteligencia artificial, sumado a que al no existir la certeza que estas imágenes representan algo real o fabricado por CGI (computer generated images) y que la forma penal pretende proteger víctimas reales, por lo que no alcanza a quién posea una representación real o ficticia de menores en situaciones sexuales impúdicas.

En virtud de lo anteriormente expuesto, se solicitó se revoque el auto atacado por arbitrario y rectifique el marco de imputación y competencia, art. 24 CPP en base a la calificación legal que sustenta esa Defensa, es decir, descartando la agravante del último párrafo del art. 128 CP.

El tribunal anticipa que el recurso de la defensa no le será favorable y esto producto de establecer que la Jueza de Garantía, aunque de manera escueta, sí expuso las razones que llevaron

La Inteligencia Artificial como nuevo método delictivo: El desafío para nuestros tribunales

a decidir su veredicto y que, por tanto, no es arbitrario el pronunciamiento de esta, siendo un acto jurisdiccionalmente válido en los términos del artículo 105 y sgtes. del CPP.

Respecto a la calificación legal atribuida al imputado siendo esta publicación y distribución de representaciones de menores de dieciocho años dedicados a actividades sexuales, agravadas por tratarse de menores de trece años con fines inequívocos de distribución, art. 128 del CP, se ajusta al actual panorama probatorio de la IPP y al derecho aplicable al caso.

En el caso de la edad e identificación de las víctimas, se establece que la simple observación de los videos y fotografías permite concluir que se trata de niños cuya edad ronda entre 3, 8 y hasta 13 años, más allá que no estuvieran identificados individualmente y que la defensa no alegó que las personas ilustradas no fueran de las edades deducidas, sino que solo se limitó a señalar su falta de identificación.

A continuación de lo visto, el tribunal se hace cargo del uso de la IA en este tipo penal, lo que, hace surgir conclusiones profundamente interesantes, y por qué no decirlo, una derivación natural desde una perspectiva tanto jurídica como racional. Respecto a la autenticidad de las imágenes y el uso de la IA el tribunal sostiene que ante la posibilidad de imágenes ficticias o adulteradas por la IA planteado por la defensa, “Nada impide que todo ello sea dilucidado en la siguiente etapa del juicio” y que además “se cuenta con elementos multimedia, imágenes y videos, y sus respectivos metadatos, creación, modificación, ubicación, hashes⁷², etc., lo que posibilitará cualquier medida al respecto, lo que permite que la causa avance a la siguiente etapa procesal.

En específico y lo que es de singular interés es que el tribunal argentino hace, es dilucidar de aquí en adelante el “alcance del delito de pornografía infantil si es que solo protege a víctimas reales o también cubre las representaciones de estos”, señalando que el planteo de la defensa respecto a este alcance refleja “contexto actual que atravesamos, caracterizado por el aumento en la generación y circulación de imágenes de contenido sexual explícito a partir del veloz desarrollo que han tenido las herramientas (...) de inteligencia artificial”⁷³.

En este contexto se cita a organismos internacionales como sería la ONUDD y Europol, en el primer organismo, Nayelly Loya Marin alertó en un artículo titulado "La ONU alerta sobre la avalancha de imágenes de abuso sexual a menores creadas con IA" advirtiendo el crecimiento de material de abuso infantil, contribuyendo la IA de manera sencilla a generar este contenido con concepciones básicas de manejo en internet, ya que “El uso de IA permite, por ejemplo, manipular imágenes de menores, desnudándolos o alterándolas para crear contenido sexualizado, lo que amplía la cantidad de este tipo de material en circulación. Para ello también se utilizan versiones gratuitas de estas herramientas, que crean un nuevo contenido manipulando fotos que originalmente no tenían connotación sexual esto sumado a que la especialista explica que la existencia de redes criminales que producen este contenido de manera sistemática, vinculado a la trata de personas y explotación sexual, grabando y distribuyendo el material, multiplica el

⁷² Las funciones Hash procesa bloques de información mediante operaciones lógicas y matemáticas para producir una “huella digital” única e irrepetible”. Este mecanismo es fundamental para la seguridad digital, permitiendo proteger la información de hackers, logrando que no se altere su contenido.

⁷³ Cám. Apel. y Garantías Penal Zárate-Campana, *P.D.O/Recurso de apelacion*, causa n.º 27.969, (2025).

La Inteligencia Artificial como nuevo método delictivo: El desafío para nuestros tribunales

problema por la existencia de la IA que permite crear nuevo material a partir de imágenes ya existentes”⁷⁴.

Se suma a la cita del tribunal la Europol que señalo que en un informe del año 2024 la existencia de denuncias de material de abuso infantil asistido y generado por IA enfatizando que, aunque existan caso de contenido totalmente artificial y no se presenta a ninguna víctima real, “el material de abuso sexual infantil generado por IA sigue contribuyendo a la cosificación y sexualización de los niños” con ello se cita, además, diferentes convenciones nacionales e internacionales”⁷⁵.

Entre las anteriores encontramos la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la ley 23.849 en su artículo 34 que establece: "Los Estados Parte se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Parte tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”⁷⁶.

En el segundo protocolo de la ya mencionada convención siendo esta la llamada "Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía" del 25/05/2000, aprobado por Ley 25.763, en su art. 1 establece que "Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo; y su art. 2 que reza: A los efectos del presente Protocolo: (...) c) Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales".

Por último, el tribunal cita a el “Convenio sobre Ciberdelito” de Budapest aprobado el 2001 incluye como pornografía infantil a “un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito”, “una persona que aparece como un menor” y “unas imágenes realistas que representen un menor”⁷⁷.

Es que en base a los organismos internacionales y a las convenciones dictadas por ellos el tribunal explica que estos fueron inspiración para la última reforma del artículo 128 del código penal argentino con el objetivo de que estos convenios pudieran ser adecuados a la normativa interna. El artículo ya mencionado reprime “toda representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas” y si bien el vocablo “representación” es amplio, el tribunal concluye lo siguiente respecto a este término: “haciendo un análisis semántico de la norma interna, art. 128 CP, ajustado a los estándares internacionales, estos es, el 'Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía' del 25/05/2000, aprobado por Ley 25.763.

⁷⁴ *Ídem*

⁷⁵ *Ídem*

⁷⁶ *Ídem*

⁷⁷ *Ídem*

La Inteligencia Artificial como nuevo método delictivo: El desafío para nuestros tribunales

Continúa la corte argumentando que “esta reserva contradice el Protocolo Facultativo de la referida Convención, "Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía", aprobado por Ley 25.763; por lo que debe considerarse que no se ajusta a nuestro derecho interno ni al espíritu de Convención, y por lo tanto, no puede ser tenida en cuenta” y que el “segundo protocolo facultativo” es de “carácter especial en materia de protección de las infancias” por lo tanto tiene primacía en interpretación la cual considera pornografía infantil como “toda representación por cualquier medio de un niño del dedicado a actividades sexuales explícitas”⁷⁸ al igual que los hace el art 128 del CP y que si bien el segundo protocolo alude a que tales representaciones pueden ser “reales o simuladas” estas no se encuentran presentes en la figura típica del artículo 128 CP, pero el tribunal señala que estas son de modo meramente ejemplificativo o aclaratorio y este al ser una mera aclaración, a falta de mención explícita en el texto legal, se entiende que está entre comas en el texto del instrumento, por lo tanto, no excluye ninguno de los dos supuestos anteriormente mencionados.

Toda esta argumentación legal conduce a no entregar la solicitud de revocación requerida por la parte defensora. Sumado aquello, el tribunal argentino cumple con la intención del legislador de proteger a los menores de edad de esta clase de delitos, cuestión que se puede inferir por el fallo, pero este razonamiento no puede ser más evidente cuando mencionan lo siguiente: “De lo contrario la tolerancia a imágenes o representación de un menor de edad de contenido sexual, aún creada o modificada por las nuevas tecnologías, conduciría a normalizar la pedofilia y, en definitiva, pone en peligro el bien jurídico protegido por la norma, esto es, la libertad e integridad sexual de las infancias”⁷⁹.

Concluye de esta manera el fallo, entregándonos por parte del tribunal argentino un razonamiento jurídicamente coherente, orientado por el imperioso objetivo del Derecho Penal: la protección efectiva de los derechos fundamentales de quienes han sido vulnerados por la conducta de otros, incluso con nuevas formas de vulnerar estos mismos, permitiendo una adaptación a los nuevos tiempos.

IV. IMPACTO SOCIAL Y JURIDICO DE LA IMPUNIDAD EN DELITOS POR IA: TRATAMIENTO LEGAL EN CHILE

Mediante los testimonios de los apoderados de las menores afectadas en el caso del colegio Saint George, se puede entender que la protección a los derechos fundamentales de las menores de edad ha sido transgredida, específicamente los consagrados en la Constitución Política de la República de Chile en su numeral 19 N°1 y 4 respecto a la integridad psíquica de la persona como también la honra de esta misma. Esto debido al uso de su imagen para crear videos pornográficos, les ha obligado a asistir a terapias psicológicas, producto del impacto que género en sus vidas este acontecimiento. Así mismo, la divulgación de estas imágenes generadas por la inteligencia artificial ha afectado su honra, al ser llamadas de formas vulgares por sus compañeros. Han tenido que vivir con miedo producto de la impunidad que este tipo de delito les genera.

⁷⁸ *Ídem*

⁷⁹ *idem*

La Inteligencia Artificial como nuevo método delictivo: El desafío para nuestros tribunales

Si bien, estas afectaciones podrían tener una “solución” al interponer una acción de protección contra quienes han realizado estas conductas que agreden los derechos fundamentales de las escolares, esto es solamente una solución paliativa, ya que solamente se estaría contemplando la problemática de manera específica, mas no de manera sistemática y preventiva.

Es cierto que no es posible realizar una réplica del razonamiento de la sentencia argentina detallada con anterioridad, ya que existen diferencias entre el ordenamiento jurídico argentino y el chileno. Por un lado, la Constitución de la Nación Argentina en su artículo 75 Inciso 22 le reconoce a los tratados y concordatos una “(...) jerarquía superior a las leyes” equiparando dicha jerarquía a un nivel constitucional agregando que “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”⁸⁰. Es por estas razones que, se evidencia en la sentencia, la presencia de una gran variedad de tratados internacionales, complementando de una manera efectiva el razonamiento empleado para llegar a una condena lógica desde el punto de vista jurídico como también con el objetivo del derecho penal, el cual también es la prevención de futuros delitos debido a las penas.

En sentido contrario en palabras de la profesora Myriam Henríquez, “Chile en su constitución, no reconoce de manera explícita la jerarquía constitucional que tienen los tratados de derechos humanos en el derecho interno”⁸¹. En tanto el Artículo 5 inciso 2 de la constitución política de la república ha sido interpretada por la doctrina como por la jurisprudencia de diferentes formas, el cual establece que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”⁸².

Al carecer de este reconocimiento explícito como también de una falta opinión consistente por la corte, se dificulta la aplicación de los tratados de manera complementaria en el derecho penal, debido al principio de reserva legal consagrado en el artículo 19 N°3 de la constitución política de la república “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”⁸³.

Aun así, podemos ir a la historia de la ley, en la que podemos encontrar que “Con el propósito de evitar equívocos, el legislador chileno incorporó, en el inciso cuarto del artículo 367 quáter del Código Penal, una definición de pornografía infanto-juvenil, norma que dispone: “Para los efectos de este artículo, se entenderá por material pornográfico o de explotación sexual en cuya elaboración hubieren sido utilizadas personas menores de dieciocho años, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales, o toda representación de dichos menores en que se emplee su voz o imagen, con los mismos fines”⁸⁴.

⁸⁰

⁸¹ HENRÍQUEZ MYRIAM, *Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos*.

⁸² Constitución política De La República, 1980.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ Código Penal, 1874

La Inteligencia Artificial como nuevo método delictivo: El desafío para nuestros tribunales

A fin de elaborar la definición transcrita, el legislador chileno se basó en la definición de pornografía infanto-juvenil contenida en el artículo 2 (c) del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño, el cual señala: “Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”⁸⁵.

Es supinamente importante destacar que se inspiran de la misma convención que fue citada por el tribunal argentino, en suma, se desprende de esta comprensión, que la finalidad de esta misma es proteger a los menores de edad de actividades sexuales explícitas y como bien ha fallado el tribunal argentino, castiga esta clase de actos en contra de los menores, teniendo incluso el caso “simuladas” las cuales en razón de los hechos del caso, cae en el supuesto de la disposición del artículo 367 quater del código penal. El no fallar teniendo en cuenta el derecho comparado, como también los principios que consagra la constitución política de la república de Chile como su cuerpo penal, no es solamente fallar a aquellas menores de edad, es también carecer de comprensión sobre la disciplina penal, lo que, si no se ha de corregir de manera temprana, generará eminentemente paso a la producción de contenido sexual a través de la I.A.

En vista de lo anterior es que nuestro sistema judicial debe adoptar y seguir perfeccionando la legislación existente para procurar que no exista impunidad a quienes cometen un daño a personas menores de edad y que estos tengan la seguridad de que sus derechos inalienables serán resguardados por el sistema judicial existente. Esta clase de impunidad y esta falta de protección a derechos fundamentales hacia menores de edad que aún están en formación deja en último lugar a la vista la grave postergación que siguen fabricando los tribunales en pos de remitirse al proceso ya conocido y no innovar en ello con las disposiciones que se encuentran a su disposición.

V. CONCLUSION

Para concluir, se tiene que mencionar que en vista de la situación actual que se presenta gracias a la IA y que se seguirá acrecentando con el paso del tiempo, es de vital importancia que si hoy tenemos (en menor medida a diferencia de nuestro país vecino) las disposiciones normativas que pueden ser utilizadas para estos casos y que otorgan una pena mayor a quienes lo cometen aquellas deben incluirse indiscutiblemente como principales a la hora de resolver, en este sentido más allá de plantearnos si el legislador debiera reformar el 367 quater del C.P, debiéramos hacer patente la crítica a nuestro sistema en cuanto a la preparación que se les esta dando tanto a jueces y fiscales para abordar estos nuevos delitos.

Tomando la idea anterior no sería descabellado plantear que nuestro poder judicial implementara cursos de especialización en temas de IA, ya que la creciente carrera y “fama” que están logrando este tipo de vulneraciones principalmente en niños, requiere de un reforzado sistema que se encuentre a la altura y en mejor medida sobre los posibles vaticinios que nos traerá la IA en un muy corto tiempo.

⁸⁵ ESCOBAR VEAS, Delitos de pornografía infanto-juvenil y casos de autoproducción de pornografía.

La Inteligencia Artificial como nuevo método delictivo: El desafío para nuestros tribunales

Por último, queremos mencionar que si bien nuestro sistema judicial se encuentra en constante perfeccionamiento es posible que derivada de las muchas prácticas delictivas nuevas que existen en nuestro país, este cada vez más se valla quedando obsoleto, es por eso por lo que es imprescindible que nuestro poder judicial este a la vanguardia de los avances, por supuesto siempre tratando de balancear entre la “esterilidad” del sistema y su sobre abundamiento de disposiciones jurídicas.

Bibliografía Citada.

1. Araya Paz, C. (2020). Desafíos legales de la inteligencia artificial en Chile. *Revista Chilena De Derecho Y Tecnología*, 9(2), pp. 257–290.
2. RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2022): *Prisión preventiva y audiencias simuladas: análisis desde la política criminal*, *Revista Política Criminal*, Vol. 17, N° 34 (Santiago, Universidad de Talca) pp. 673-699.
3. MALDODANO, José (2020): ¿Qué es un Hash informático? (San José, San Marcos, miembro de la Red Ilumino).
4. HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena (2008): Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos, en *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2 (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca) pp. 73–119.
5. ESCOBAR VEAS, Javier (2022): “Delitos de pornografía infanto-juvenil y casos de autoproducción de pornografía”, *Política Criminal*, vol. 17, n.º 34, art. 10, pp. 673- 695.

Normas e instrumentos

1. CHILE, Código Penal (12-11-1874).
2. CHILE, Constitución Política de la República (11/08/1980).
3. ARGENTINA, Constitución de la Nación Argentina (22/08/1994).
4. ARGENTINA, Código Penal.

Sentencias

- 1- Cámara de Apelación y de Garantías en lo Penal de Zárate-Campana, *P.D.O/Recurso de apelación*, causa n°27.969, resolución de fecha 19 de mayo de 2025, Base General de datos J.U.B.A.

IA, ÉTICA Y DERECHO PENAL

Camila Ortega Basualto

El desarrollo de la inteligencia artificial (IA) ha transformado profundamente la forma en que vivimos y nos relacionamos con el entorno. Desde algoritmos de recomendación hasta asistentes virtuales que facilitan las tareas cotidianas, esta tecnología ha impactado múltiples dimensiones de la existencia humana. Sin embargo, no todos sus usos han estado alineados con principios éticos. Entre los más preocupantes se encuentra la creación de contenido falso mediante IA, más conocida como deepfakes, especialmente cuando se trata de imágenes o videos sexualizados de personas reales sin su consentimiento. Este fenómeno ha generado serios interrogantes éticos y jurídicos que requieren atención urgente. Así, surge un dilema complejo: ¿es posible regular herramientas tan poderosas sin frenar la innovación?

Desde el derecho penal, la cuestión adquiere una urgencia aún mayor. El uso de deepfakes con fines de acoso, suplantación o violencia simbólica desafía los marcos normativos tradicionales, que muchas veces no logran tipificar adecuadamente estas conductas. En muchos países aún no existe una respuesta jurídica específica dentro de sus sistemas legales, y aunque hay propuestas legislativas en discusión, no se han registrado avances significativos. Esta falta de acción institucional genera un escenario de impunidad, especialmente preocupante cuando las víctimas son mujeres o menores de edad, grupos históricamente vulnerables frente a las nuevas formas de violencia digital. De ahí la necesidad de revisar críticamente la legislación vigente e impulsar reformas que se ajusten a la complejidad del fenómeno, considerando el impacto psicoemocional que produce en sus víctimas, con consecuencias que se asemejan a las que sufren quienes han experimentado abuso sexual. Por esto, urge una intervención legal que reconozca esta práctica como una nueva forma de violencia y abuso.

Este ensayo se pregunta si el uso indebido de la inteligencia artificial para la creación de contenido sexual falso mediante deepfakes debe ser penalizado. La hipótesis que se sostiene es que la penalización no solo es legítima e importante, sino absolutamente necesaria, pues la ausencia de una respuesta legal perpetúa la impunidad y la revictimización de quienes sufren estas agresiones. Además, se argumenta que dicha regulación debe contemplar una perspectiva de género, la protección de menores y los principios de justicia digital.

En primer lugar, se definirá el concepto de inteligencia artificial y se delimitarán los alcances ético-jurídicos del uso de deepfakes sexuales. Segundo, se analizarán dos casos concretos, uno en Chile y otro en España, para observar cómo ha respondido el aparato jurídico ante estas prácticas. Tercero, se desarrollarán los argumentos centrales que justifican la penalización de estos actos. Finalmente, se explorarán enfoques interdisciplinarios jurídicos, éticos, tecnológicos y psicológicos que refuerzan la necesidad de una respuesta integral frente a este fenómeno.

La inteligencia artificial (IA) puede definirse como un campo de la informática orientado al desarrollo de sistemas capaces de emular procesos cognitivos humanos, tales como el aprendizaje, la percepción y el razonamiento⁸⁶. Estas herramientas permiten la generación de contenido visual, auditivo o textual a partir de datos preexistentes. Entre sus aplicaciones más controvertidas se encuentran los denominados deepfakes, que emplean redes neuronales para crear imágenes o videos falsificados con una apariencia sumamente realista.

Desde el punto de vista normativo, el ordenamiento jurídico chileno aún no contempla una tipificación penal específica para el uso de IA en contextos de suplantación o violencia sexual

⁸⁶ Gobierno de España, (2023)

IA, Ética y Derecho Penal

simbólica. En contraste, países como España han comenzado a avanzar en esta materia mediante iniciativas legislativas que buscan sancionar penalmente tales conductas. La carencia de una regulación clara en el contexto chileno deja a las víctimas en una situación de desprotección, sin mecanismos jurídicos eficaces para acceder a la justicia, cuestión que quedó evidenciada en un caso emblemático ocurrido recientemente en el país.

En esta línea, la dogmática penal contemporánea se enfrenta al desafío de adaptar sus categorías tradicionales a los delitos cometidos en entornos digitales mediante tecnologías emergentes. Aunque en Chile se cuenta con la Ley N.º 21.459⁸⁷, que tipifica y sanciona delitos informáticos, esta normativa no contempla expresamente el fenómeno de los deepfakes ni aborda de manera integral los ciberdelitos que afectan la integridad psicológica y física de las personas. La Revista de Estudios de la Justicia publicó un análisis exhaustivo sobre esta ley, en el que se abordan figuras delictivas como la interceptación ilícita, la obstrucción o sabotaje contra datos y sistemas informáticos, y la falsificación informática.⁸⁸ No obstante, dichas figuras no abarcan la creación de contenido sexual falso mediante IA, lo que evidencia la necesidad de reformar la legislación vigente. En este sentido, no resulta imprescindible crear una ley completamente nueva, sino adaptar y actualizar los cuerpos normativos existentes relacionados con la intimidad, la honra y la integridad psíquica.

Un caso problemático en Chile tuvo lugar en 2024 en el Colegio Saint George, ubicado en la comuna de Vitacura, donde estudiantes de entre doce y dieciocho años utilizaron inteligencia artificial para generar imágenes de carácter sexual de sus compañeras, empleando plataformas como “Clothoff.io”, “DeepNude” y “Undress AI”, las cuales operan sin ningún tipo de regulación. Las víctimas pertenecían a niveles que iban desde octavo básico hasta enseñanza media. Las imágenes fueron creadas sin el consentimiento de las afectadas y luego difundidas en redes sociales, lo que provocó un daño psicológico y moral considerable, además de una revictimización reiterada debido a la cantidad de declaraciones que se vieron obligadas a entregar. Uno de los apoderados presentó un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en el que denunció la inacción del establecimiento educativo al no activar el protocolo correspondiente en materia de sexualidad. A pesar de la gravedad de los hechos, ni la institución escolar ni el sistema de justicia chileno adoptaron medidas sancionatorias ejemplares. La Corte Suprema resolvió que las medidas disciplinarias debían ajustarse al reglamento interno del colegio⁸⁹, dejando sin efecto la intervención del derecho penal.

Este caso dejó al descubierto una deficiencia estructural en el ordenamiento jurídico chileno: la inexistencia de una figura penal que sancione de forma específica la generación y difusión de imágenes íntimas falsas mediante IA. La resolución judicial evidenció una interpretación restrictiva del daño, al omitir el impacto psicoemocional y la vulneración de derechos fundamentales como la intimidad, la imagen y el honor.

De manera paralela, en 2023 se documentó un caso similar en la ciudad de Almendralejo, España, donde quince menores fueron condenados a un año de libertad vigilada por haber creado y distribuido imágenes falsas con contenido sexual de sus compañeras mediante inteligencia artificial.⁹⁰ Como consecuencia del escándalo público y la presión social, el Parlamento español

⁸⁷ Ley N.º 21.459, (2022).

⁸⁸ RETAMAL, GONZALO y PEÑA, (2023).

⁸⁹ Interferencia, (2024)

⁹⁰ Infobae, (2024)

IA, Ética y Derecho Penal

presentó el Proyecto de Ley N.º 122/000238⁹¹, que propone sancionar penalmente la producción y difusión de material sexual falso generado con tecnologías digitales.

Este ejemplo demuestra cómo una respuesta institucional oportuna no solo permite sancionar adecuadamente a los responsables, sino que también impulsa una actualización normativa coherente con los desafíos tecnológicos actuales. El caso de Almendralejo constituye un antecedente jurisprudencial y legislativo relevante que podría orientar reformas legislativas en otros países, incluido Chile.

Las imágenes o videos creados mediante IA con fines de acoso sexual constituyen una forma de violencia simbólica y psicológica. De acuerdo con un artículo publicado en MHJournal, las víctimas de deepfakes sexuales manifiestan síntomas similares al trastorno de estrés postraumático, tales como ansiedad, depresión o aislamiento social⁹². Desde la perspectiva de la teoría penal del daño, esta afectación justifica la necesidad de tipificar y sancionar penalmente dichas conductas.

Asimismo, se observa una marcada dimensión de género en este tipo de delitos. Según la Revista Latina de Comunicación Social, la mayoría de las víctimas de deepfakes sexuales son mujeres, particularmente figuras públicas, activistas o estudiantes, cuyo objetivo es ser desacreditadas o intimidadas⁹³. De este modo, los deepfakes se convierten en un instrumento más para perpetuar la violencia de género, utilizando la tecnología como medio para reforzar estructuras sociales patriarcales.

En el contexto chileno, la abogada Romina Garrido, subdirectora del GobLab de la Universidad Adolfo Ibáñez, sostuvo en una entrevista con El Mostrador que “el uso de deepfakes no constituye actualmente un delito, dado que no se encuentra expresamente tipificado”⁹⁴. Esta omisión legislativa deja a las víctimas sin mecanismos de protección jurídica efectiva, favoreciendo escenarios de impunidad.

Si bien recientemente se presentó el Proyecto de Ley N.º 17.307-07⁹⁵, que busca modificar el Código Penal para sancionar estas prácticas, su tramitación legislativa avanza lentamente. El proyecto propone incorporar un nuevo tipo penal que sancione expresamente la generación y difusión de contenido sexual falso. Sin una normativa clara y específica, no es posible aplicar principios penales fundamentales como el de legalidad ni garantizar el acceso efectivo a la justicia.

Cuando los deepfakes sexuales afectan a niños, niñas y adolescentes (NNA), el problema se agrava sustancialmente. A nivel psicológico, los NNA se encuentran en una etapa de desarrollo emocional y cognitivo particularmente vulnerable. Ser víctimas de este tipo de prácticas puede provocar daños persistentes, afectando su autoestima, sus vínculos de confianza o su salud mental.

Desde la perspectiva del derecho penal, ello exige una respuesta diferenciada y reforzada. La infancia y la adolescencia son etapas protegidas tanto por instrumentos internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño⁹⁶, como por principios nacionales, tales como el interés

⁹¹ Proyecto de Ley N.º 122/000238, (2023)

⁹² MHJournal, (2024)

⁹³ Revista Latina de Comunicación Social, (2024)

⁹⁴ El Mostrador, (2024).

⁹⁵ Proyecto de Ley N.º 17307-07, (2024)

⁹⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, (1989).

IA, Ética y Derecho Penal

superior del niño, niña y adolescente. La ausencia de una regulación adecuada en estos casos puede constituir una forma de negligencia institucional por parte del Estado.

Desde el ámbito de la ética pública, la penalización del uso indebido de la IA no debe ser concebida como un freno a la innovación tecnológica, sino como un mecanismo legítimo de protección de derechos fundamentales. La imposición de sanciones proporcionales es perfectamente compatible con un Estado democrático de derecho, siempre que se respeten las garantías del debido proceso.

La doctrina penal actual también reconoce que bienes jurídicos como la intimidad, la imagen y la integridad psíquica merecen tutela penal cuando resultan gravemente vulnerados. El principio de mínima intervención del derecho penal no debe confundirse con una postura de inacción frente a nuevas formas de agresión.

Algunas posturas críticas han advertido que penalizar estas conductas podría conllevar una expansión desmedida del derecho penal, generando riesgos de censura. No obstante, tales argumentos pierden solidez ante la gravedad del daño producido por los deepfakes y la falta de mecanismos alternativos eficaces de reparación.

Por otra parte, enfoques como el de la prevención general positiva legitiman el uso del derecho penal como herramienta pedagógica para promover valores sociales y prevenir conductas altamente lesivas. Sancionar penalmente los deepfakes sexuales cumple también una función simbólica y expresiva: establece un límite normativo claro frente al uso malicioso de la tecnología.

Más allá del ámbito jurídico, resulta indispensable promover una formación ética de la ciudadanía en relación con las tecnologías digitales. Las familias, las instituciones educativas y el Estado deben impulsar políticas de alfabetización digital que aborden no solo competencias técnicas, sino también valores como el respeto, la empatía y la responsabilidad social.

Según la Revista Panamericana de Comunicación, no habrá tecnología de detección que sea suficiente para detener la producción de deepfakes. También sostiene que “la producción, difusión y distribución de deepfakes es imposible de detener”⁹⁷, con lo cual estoy totalmente en desacuerdo. Si contamos con tecnología lo suficientemente avanzada para crear este tipo de imágenes y suplantaciones, resulta incoherente sostener que no tenemos la capacidad técnica para detenerlas. Esta afirmación implica que la prevención debe comenzar desde la raíz: formar ciudadanos críticos que comprendan los efectos de sus actos digitales.

Asimismo, las plataformas que facilitan la creación o difusión de este tipo de contenido deben asumir responsabilidades claras. Establecer mecanismos preventivos en los algoritmos y sistemas de control puede constituir una medida eficaz. La regulación no debe recaer únicamente en los usuarios, sino también en los desarrolladores y proveedores de estas tecnologías.

Un enfoque de “ética desde el diseño”, que incorpore filtros y advertencias desde el desarrollo mismo de estas herramientas, permitiría un uso más seguro y consciente de la inteligencia artificial. Esta estrategia, sin reemplazar la intervención del derecho penal, puede complementarse dentro de un enfoque integral de protección de los derechos fundamentales.

La creación y difusión de deepfakes sexuales constituye una forma particularmente cruel y sofisticada de violencia digital, que afecta de manera directa la dignidad, la integridad psicológica y los derechos fundamentales de las personas. Como se ha sostenido a lo largo de este ensayo, su penalización no solo es jurídicamente necesaria, sino moralmente impostergable. La ausencia de una respuesta legal clara da el paso a la impunidad, genera nuevas formas de revictimización y evidencia una desconexión preocupante entre el avance tecnológico y la capacidad normativa del Estado para proteger a las personas.

⁹⁷ Revista Panamericana de Comunicación, (2020).

IA, Ética y Derecho Penal

No se trata únicamente de llenar vacíos legislativos, sino de reconocer que detrás de cada imagen falsa hay una persona real, afectada por el dolor, la vulnerabilidad y el miedo. Son historias de vidas alteradas por completo, muchas veces en silencio, sin reparación ni justicia. Frente a ello, el derecho penal cuando es aplicado con proporcionalidad, enfoque de género y respeto al debido proceso puede, debe convertirse en una herramienta legítima de protección.

El caso chileno, marcado por la inacción institucional frente a situaciones tan graves como las vividas en el Colegio Saint George, revela la urgencia de una reforma legislativa que no solo actualice el Código Penal, sino que exprese un compromiso ético con las víctimas. A su vez, el ejemplo español demuestra que una respuesta oportuna es posible, generando efectos positivos tanto en la sanción de los hechos como en la prevención de futuras conductas.

En definitiva, la penalización del uso indebido de la inteligencia artificial para crear contenido sexual falso no es un obstáculo al desarrollo tecnológico, sino una condición necesaria para su desarrollo ético. Solo mediante un enfoque integral que combine sanción penal, alfabetización digital y responsabilidad de las plataformas será posible trazar límites claros frente a los abusos, y garantizar que el progreso tecnológico no se construya a costa del sufrimiento de otros. En tiempos donde las fronteras entre lo real y lo falso se vuelven cada vez más difusas, es deber del derecho hacer visible lo invisible y proteger lo esencial: la dignidad humana.

Bibliografía

Libros y artículos académicos

ARBA ARTEAGA, Cecilia: “Deepfakes sexuales: impacto, prevención y perspectivas de género en el entorno digital,” Miguel Hernández Communication Journal, vol. 15, n° 2, pp. 229–244.

AS “La Fiscalía pide que sean delito los videos sexuales con caras suplantadas” AS 05/09/2024 sociedad

Asamblea general de las naciones unidas: “Convención sobre los Derechos del Niño,” *Naciones Unidas*, 1989.

BAÑUELOS CAPISTRAN, Jorge: “Deepfake: la imagen en tiempos de la posverdad,” RPC, n° 1, pp. 51–61

BARRIENTOS BÁEZ, Aída; PIÑEIRO OTERO, María Teresa y PORTO RENÓ, Danilo: “Imágenes falsas, efectos reales. Deepfakes como manifestaciones de la violencia política de género,” *Revista Latina de Comunicación Social*, n° 82, pp. 1–30.

BASCUR RETAMAL, Gonzalo y PEÑA, Rodrigo: “Los delitos informáticos en Chile: Tipos delictivos, sanciones y reglas procesales de la Ley 21.459. Segunda parte,” *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. 38, n° 38, pp. 1–28.

EL MOSTRADOR “Corte de Apelaciones acoge recursos de protección por caso de deepfake en Colegio Saint George” El mostrador 31/05/2024 El mostrador braga

MOLINA, Jorge “Escándalo en el Saint George: alumnos de colegio elite crearon imágenes de compañeras desnudas usando IA y las viralizaron” interferencia, 24/05/2024

VILLALVILLA, Elena L. “Los menores que manipularon ‘desnudos’ con inteligencia artificial en Almendralejo quedan en libertad vigilada” Infobae, 09/07/2024

IA, Ética y Derecho Penal

ZÚÑIGA, francisco “Los daños que provoca una imagen deepfake y por qué la legislación chilena no la considera un delito” biobiochile 01/06/2024 ética y transparencia de biobiochile

Fuentes formales del Derecho

Ley N. ° 21.459 (20/06/2022), Sobre delitos informáticos y adecuación de normas al Convenio de Budapest.

Proyecto de Ley N. ° 122/000238 (01/03/2023), Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para tipificar la creación y difusión de materiales sexuales falsos mediante inteligencia artificial.

Proyecto de Ley N. ° 17307-07 (17/12/2024), que modifica el Código Penal para tipificar la generación y difusión de imágenes íntimas creadas con inteligencia artificial.

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

VICENTE RAMÍREZ ESCOBAR

Profesor Guía: JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ RUÍZ

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

“Si he visto más lejos, es porque me sostengo sobre los hombros de gigantes.”

*La realización de esta tesis fue un trayecto arduo, un camino lleno de desafíos
y aprendizajes. Nada de esto hubiera sido posible sin la compañía, el apoyo
incondicional y el amor de Luis Alberto Sepúlveda, Bárbara Garcés. Cada palabra
escrita aquí lleva*

también el peso de su aliento y dedicación.

*A Gisela Escobar y Manuel Ramírez, dos gigantes firmes que me sostienen, como pilares
en este viaje lleno de obstáculos y logros, les debo más de lo que las palabras
pueden*

expresar

*. Gracias, de todo corazón, a cada uno de
ustedes.*

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

ÍNDICE.

I.	INTRODUCCIÓN	5
II.	IMPUTABILIDAD EN EL DERECHO PENAL	7
1.	¿Qué entiende la dogmática penal nacional sobre imputabilidad?	7
2.	Imputabilidad disminuida	11
III.	TDAH Y TEA: ALCANCE DEL CONCEPTO, TRASTORNOS DEL NEURODESARROLLO Y TRASTORNO MENTAL	13
1.	Alcances conceptuales	14
2.	¿Qué es el TDAH y TEA?	17
IV.	¿CUÁLES HAN SIDO LAS RESPUESTAS RECIENTES DE LA LEGISLACIÓN?	20
1.	Propuestas de código penal chileno	20
2.	Breve experiencia comparada	23
A.	España	24
B.	¿Cómo resuelven nuestros tribunales?	26
V.	Conclusiones	29
VI.	Bibliografía	30

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

RESUMEN

El Estado chileno ha demostrado su compromiso al ratificar tratados internacionales y avanzar efectivamente en materias relacionadas con los derechos de personas con trastornos del neurodesarrollo y trastornos mentales. Si bien han surgido diversas modificaciones normativas a raíz de estas ratificaciones, como la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", resulta claro que el derecho debe acompañar los cambios sociales y adaptarse a nuevas realidades. Sin embargo, el Código Penal chileno ha recibido críticas por la manera en que se refiere a las personas diagnosticadas con trastornos del neurodesarrollo y trastornos mentales, específicamente en relación con la inimputabilidad y la incapacidad para estar en juicio, generando una posible contradicción con los derechos consagrados en estos tratados internacionales.

El objetivo de este trabajo es analizar críticamente cuál es el límite de la inimputabilidad y evaluar si el concepto normativo actual puede aplicarse a personas diagnosticadas con TEA y TDAH. Asimismo, se busca determinar si el alcance de esta disposición permite que estas personas queden efectivamente protegidas bajo el artículo 10, N°1 del Código Penal, y, por ende, puedan ser declaradas inimputables, o si estas condiciones establecen, en cambio, un límite para la inimputabilidad. Además, se examinará cómo fallan los tribunales españoles en estos casos, con el propósito de identificar lecciones de esta experiencia comparada que puedan contribuir al desarrollo del derecho penal chileno.

PALABRAS CLAVES: inimputabilidad; derechos de las personas con discapacidad; TEA; TDAH.

The concept of imputability in the context of criminal law in Chile raises the question of the extent to which individuals can be held accountable for their actions. This inquiry prompts the further question of whether conditions such as Attention Deficit Disorder (ASD) and ADHD should be considered in criminal proceedings.

ABSTRACT

The Chilean State has demonstrated its commitment to the advancement of international human rights standards by ratifying international treaties and making effective progress in matters related to the rights of persons with neurodevelopmental and mental disorders. While several normative modifications have resulted from these ratifications, including the "Convention on the Rights of Persons with Disabilities," it is evident that the law must evolve to align with social changes and adapt to emerging realities. However, the Chilean Penal Code has been the subject of criticism with regard to its references to individuals diagnosed with neurodevelopmental disorders and mental disorders. This is particularly evident in

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

relation to the concepts of unimputability and incapacity to stand trial, which may be seen to be at odds with the rights enshrined in international treaties.

The objective of this paper is to undertake a critical analysis of the limits of unimputability and to evaluate the extent to which the current normative concept can be applied to individuals diagnosed with Autism Spectrum Disorder (ASD) and Attention-Deficit Hyperactivity Disorder (ADHD). Furthermore, this study aims to ascertain whether the scope of this provision allows for the effective protection of these individuals under Article 10, No. 1 of the Criminal Code, and thus, whether they can be declared unimputable. Alternatively, it will examine whether these conditions establish a limit to unimputability. Additionally, it will examine how Spanish courts rule in these cases, with the purpose of identifying lessons from this comparative experience that can contribute to the development of Chilean criminal law.

KEYWORDS: insanity defense; rights of persons with disabilities; ASD; ADHD.

I. INTRODUCCIÓN:

Este trabajo pretende analizar si es posible aplicar el artículo 10 N°1 a las personas diagnosticadas con trastornos del neurodesarrollo y subsumirse a la norma referente a la inimputabilidad, pero se centra específicamente en personas diagnosticadas con TEA y TDAH. Si bien en nuestra literatura jurídica penal nacional, a raíz de los términos empleados por el código penal, ha generado discusiones referentes a la inimputabilidad, y estas se han mantenido durante largo tiempo, por lo que ha existido un consenso respecto de cómo se entiende la imputabilidad⁹⁸ y el tratamiento que se le da en una sentencia penal⁹⁹, pero hay que recordar que a medida que la sociedad y la tecnología avanza también debe hacerlo el derecho¹⁰⁰, porque casos como el TEA y el TDAH, que son trastorno del neurodesarrollo que han existido siempre, pero en el último tiempo las personas son más conscientes de que existen y se logran identificar. Por lo tanto, si nos preguntamos: ¿puede ser declarada una persona que tenga TDAH o TEA inimputable? ¿Cuál es el alcance del artículo 10 número 1 de nuestro código penal?¹⁰¹ Parecería ser que a estas preguntas nuestra literatura jurídica

⁹⁸ Véase ETCHEBERRY, A. (1999). Derecho penal. Parte general. Tomo primero, Garrido Montt, M. (2003). Derecho penal: Parte general. Tomo I. Nociones fundamentales de la teoría del delito, Cillero, M., Cousó, J., Hernández, H., & Mera, J. (2011). Código Penal Comentado: Libro Primero, Náquira, J. R. (2013). Derecho penal Chile parte general. Tomo I.

⁹⁹ FERNÁNDEZ RUIZ, J. M. (2021). Los desórdenes mentales en el código penal chileno. Revista de Derecho (Valdivia), vol. 34, N° 2: p. 294

¹⁰⁰ MERCURIO, E. (2023). ¿Hacia dónde va la inimputabilidad? Entre las neurociencias y el modelo social de la discapacidad. Revista de Derecho (Valdivia), 36(1), 290

¹⁰¹ Artículo 10 N°1 Código Penal: Están exentos de responsabilidad criminal: 1.° El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón.

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

penal no ha dado una interpretación precisa, y yendo más allá, manuales de derecho penal en su parte general no hablan o especifican sobre estos trastornos del neurodesarrollo como lo es el TEA y TDAH que han existido siempre, además nuestros tribunales en materia penal se limitan solo a mencionar que dicho trastorno no fue determinante al momento de realizar el hecho que configuró el delito¹⁰².

Por lo tanto, en nuestra literatura jurídico-penal no existe mención sobre estos trastornos, si bien existe consenso en cuanto a la imputabilidad estos trastornos no son mencionados en ningún manual de derecho penal chileno parte general revisa en este trabajo. Por otro lado, tras una exhaustiva búsqueda en vLex¹⁰³, se observa que los tribunales abordan de manera superficial el TDAH y TEA, y las sentencias resuelven sobre la imputabilidad son escasas. Esto genera una contradicción dado que Chile, al igual que otros países de América latina como Perú¹⁰⁴ o Colombia¹⁰⁵, han promulgado unas leyes referentes al reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental¹⁰⁶, en consecuencia, se materializa la intención del Estado en el reconocimiento y protección de las personas que poseen trastornos del neurodesarrollo, pero aun así no existe claridad ni pronunciamiento sobre los mismos en nuestro código penal. La ratificación de esta Convención impone obligaciones a Chile para adaptar su normativa, especialmente en áreas sensibles como el derecho penal, donde el concepto de inimputabilidad resulta esencial para proteger a personas con discapacidades mentales y neurodesarrolladas. La Convención enfatiza en el respeto a la autonomía y capacidad legal de estas personas, reconociendo que la discapacidad puede interactuar con el entorno para crear barreras, lo cual debe ser considerado en la valoración de su responsabilidad penal y tratamiento judicial. Este enfoque propone, por tanto, una revalorización del artículo 10, N°1 del Código Penal chileno, invitando a una interpretación que incluya la protección efectiva de estas personas y respete los estándares internacionales

¹⁰² SENTENCIA N° O-129-2023 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, 19 de febrero de 2024, p. 57

1. ¹⁰³ La jurisprudencia que se usará es: **Fecha de sentencia:** 05 febrero 2024 **Ruc:** 2300293136-2 **Rit:** O-230-2023 **Año:** 2024 **Emisor:** 7° TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO.
2. **Fecha de sentencia:** 19 febrero de 2024. **Ruc:** 2300352222-9. **Rit:** O-129-2023 **Emisor:** Tribunal de Juicio Oral en lo Penal Punta Arenas.
3. **Fecha de sentencia:** 15 Julio 2024 **Ruc:** 2301291177-7 **Rit:** O-96-2024 **Emisor:** Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la Serena.
4. **Fecha de sentencia:** 16 septiembre 2024 **Tribunal de Origen:** TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE LA SERENA **Emisor:** C.A. de la Serena - Primera Sala **Rit:** 1274-2024.

¹⁰⁴ Decreto legislativo 1384 (2018)

¹⁰⁵ LEY 1996 (2019)

¹⁰⁶ LEY 21.311 (2021)

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

de derechos humanos, permitiendo un análisis más profundo sobre los límites de la imputabilidad en contextos de trastornos del neurodesarrollo.

El objetivo principal de este trabajo es analizar y responder a las preguntas planteadas anteriormente sobre la posible de inimputabilidad de los casos previamente identificados. Se buscará interpretar las normas jurídicas y evaluar si el alcance que le ha dado nuestra doctrina nacional a la inimputabilidad resulta adecuado para estos diagnósticos. Además, se analizará si el artículo 10, N°1 del Código Penal chileno emplea conceptos pertinentes para estos casos, incluyendo una breve comparación con la experiencia española, para observar cómo otros ordenamientos jurídicos abordan la imputabilidad de personas diagnosticadas con TEA y TDAH.

II. IMPUTABILIDAD EN EL DERECHO PENAL:

1. ¿Qué entiende la dogmática penal nacional sobre imputabilidad?

De conformidad a nuestra legislación, el Código Penal en el artículo 10 N°1 se establece lo siguiente: *“Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón...”*

El profesor, Mario Garrido sostiene que para responsabilizar al sujeto de un hecho delictivo este requiere tener madurez suficiente para comprender la actividad que realiza y determinarse, a esto le llama imputabilidad. También, debe tener potencialmente, una conciencia de lo injusto de su conducta y, finalmente, haber obrado con un mínimo de libertad, o sea no presionado por las circunstancias concomitantes¹⁰⁷. A su vez señala que analizada desde el ámbito semántico, la expresión imputabilidad significa "atribuibilidad", o sea las diversas condiciones que debe cumplir un sujeto para ser susceptible de reproche, pero si bien esa noción corresponde a la idea, presenta un aspecto formal de lo que es imputabilidad, cuando lo que interesa es su noción substancial. Con distintas expresiones, la mayor parte de los autores concuerdan en que este último sentido se traduce en la siguiente definición: "capacidad de conocer que es injusto y de actuar conforme a tal comprensión".¹⁰⁸

Siguiendo esa misma línea, Alberto Etcheverry señala que la imputabilidad se refiere a la capacidad de atribuir algo a una persona. En el ámbito jurídico, este término ha evolucionado de una simple atribución física a una atribución psicológica, conocida como "imputación moral" según Carrara. Tradicionalmente, la atribución de responsabilidad surge con la afirmación de dolo o culpa, por lo que la imputabilidad es una fase previa: la posibilidad de

¹⁰⁷ GARRIDO MONTT, M. (2003). Derecho penal: Parte general. Tomo I. Nociones fundamentales de la teoría del delito (3ª ed., pp. 47-48). Editorial Jurídica de Chile. ISBN 956-10-1438-6.

¹⁰⁸ En su tomo dos el abogado Garrido vuelve a hacer una precisión sobre el concepto de imputabilidad.

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

atribución. En derecho penal, la imputabilidad se entiende como la capacidad de cometer actos culpables. Las personas que pueden cometer estos actos son consideradas imputables, mientras que aquellas que no pueden, son inimputables. Aunque la expresión "capacidad penal" de Ortiz Muñoz ha sido discutida, ofrece una comprensión precisa de la imputabilidad, tal como también lo hace Mezger, quien define la imputabilidad como "la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles", sin embargo, para caracterizar las situaciones de inimputabilidad, algunas legislaciones utilizan fórmulas que se refieren únicamente a una condición objetiva del sujeto, presumiendo que esta condición siempre lo hace inimputable. Otras legislaciones mencionan el estado o la consecuencia que debe producirse en el sujeto. Por último, existen legislaciones que adoptan un sistema mixto, incluyendo tanto la condición del sujeto como la consecuencia que debe derivarse de ella. La legislación chilena sigue fundamentalmente el primer sistema. Las causales de inimputabilidad que se señalan en el Código Penal son: la enajenación mental, la privación temporal de razón y la falta de madurez por menor edad¹⁰⁹.

Sin embargo, como señala el Etcheverry para caracterizar las situaciones de inimputabilidad, algunas legislaciones utilizan fórmulas que se refieren únicamente a una condición objetiva del sujeto, presumiendo que esta condición siempre lo hace inimputable. Otras legislaciones mencionan al Estado o la consecuencia que debe producirse en el sujeto. Por último, existen legislaciones que adoptan un sistema mixto, incluyendo tanto la condición del sujeto como la consecuencia que debe derivarse de ella. La legislación chilena sigue fundamentalmente el primer sistema. Las causales de inimputabilidad que señalan en el Código Penal son: la enajenación mental, la privación temporal de razón y la falta de madurez por menor de edad, la cual nos interesa en este trabajo el tratamiento que realiza nuestro código penal en el caso de que faltare algunos requisitos.

Por otro lado, los autores Hernández y Couso, son majaderos e intentan darle un enfoque distinto a la imputabilidad en el derecho chileno señalando que "la legislación retraso respecto a las actuales concepciones jurídicas y de la evolución de la psiquiatría y la psicología contemporánea"¹¹⁰. A su vez, se plantea que el positivismo intentó establecer una clara distinción entre lo normal y lo anormal de manera científica y natural, dejando una marca significativa en nuestra doctrina jurídico-penal. En parte, todavía hoy en día, esta doctrina tiende a ceder la evaluación de la imputabilidad a la ciencia médica mediante

¹⁰⁹ ETCHEBERRY, A. (1999). Derecho penal. Parte general. Tomo primero (3ª ed. revisada y actualizada, 1997, pp. 278-290). Editorial Jurídica de Chile. ISBN 956-10-1206-5.

¹¹⁰ CILLERO, M., COUSÓ, J., HERNÁNDEZ, H., & MERA, J. (2011). Código Penal Comentado: Libro Primero (Arts. 1º a 105). Doctrina y Jurisprudencia (1ª ed., p. 180). Legal Publishing Chile.

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

peritajes forenses. Se busca que el dictamen pericial, basado en criterios científicos y naturales, reemplace el razonamiento jurídico que debería ser realizado por el juez.

Por lo tanto, y estando de acuerdo con los autores Hernández y Causo, la dualidad de imputabilidad e inimputabilidad confrontándola con el principio de igualdad, el reconocimiento de la dignidad humana es con razón, fuertemente criticada y en los casos de personas con trastornos mentales o del neurodesarrollo es necesario que se tenga en consideración las particularidades de cada sujeto, enriqueciendo aún más la imputabilidad, su tratamiento y su debate.

Más recientemente el profesor Mauricio Rettig para que un hecho típico y antijurídico sea imputable al autor, es necesario que haya una infracción personal de una norma primaria prohibitiva o de mandato. La norma se dirige a sus destinatarios para evitar hechos típicos y antijurídicos, y asume que, bajo condiciones personales y situacionales normales, el autor podría haber evitado la conducta ilícita. No obstante, la imputabilidad puede no darse si el autor es inimputable, carece de conciencia sobre la ilicitud del acto, o actúa bajo una causa que justifique la inexigibilidad de otra conducta.

Por lo tanto, para que un injusto penal sea imputable a su autor, este debe ser penalmente responsable, lo que implica una capacidad normal para cumplir con la norma primaria. La responsabilidad penal requiere que, al momento de cometer el hecho, el autor posea condiciones psíquicas normales que le permitan comprender el mensaje de la norma y, en consecuencia, justificar la imposición de una pena. Es esencial que el autor haya podido recibir el llamado de la prohibición en condiciones mentales normales para ser considerado sujeto de pena. No son penalmente responsables de actos antijurídicos aquellos que padecen trastornos mentales o trastornos del neurodesarrollo, los menores de edad penal o quienes actúan bajo un miedo insuperable, ya que en estos casos el infractor no puede ser motivado por la norma de manera adecuada¹¹¹.

En virtud de lo anterior, se puede concluir que la imputabilidad en el derecho penal comprende al menos dos componentes, un *elemento cognitivo*, que dice relación con la capacidad del sujeto de entender y comprender la norma prohibitiva o de mandato, como también un *elemento volitivo* que es la capacidad que tiene el sujeto de autodeterminarse en virtud de la representación de la norma. Por lo tanto, para emitir un juicio de reproche al sujeto que cometió el hecho delictivo e imputárselo, es necesario que ambos requisitos sean copulativos, en virtud de la teoría de la culpabilidad es juicio de reproche personal del hecho mediante el cual es posible atribuir –imputar– personalmente el injusto penal a su autor. Por

¹¹¹ RETTIG ESPINOZA MAURICIO (2019) Derecho penal parte general tomo II. Ediciones DER pagina 39 - 40.

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

lo tanto, el fundamento es que, si una persona que cometió un hecho típico, que además es antijurídico y lo hizo de forma libre, es decir, estaba capacitado para conocer el ámbito ilícito de su conducta, y auto determinó su comportamiento, y además le era exigible comportarse de acuerdo con el derecho, en consecuencia, el sujeto era libre, pero a pasar de ello de igual forma realiza una acción o en el caso de teniendo que haber realizado una acción y este no lo hizo, se puede imputarse su actuar.

Este análisis de la imputabilidad en el derecho penal chileno revela un criterio tradicionalmente basado en una capacidad plena de entendimiento y autodeterminación para atribuir responsabilidad penal, sustentado en factores cognitivos y volitivos del sujeto al momento de cometer el hecho ilícito. Sin embargo, el tratamiento estricto de la inimputabilidad ha enfrentado desafíos al considerar la inclusión de trastornos mentales y del neurodesarrollo, los cuales afectan parcialmente la capacidad del individuo sin anularla por completo. Esta limitación en el marco actual abre paso a una discusión sobre la figura de la imputabilidad disminuida, donde el individuo, aunque aún capaz de comprender su acto, lo hace con una reducción significativa en su control volitivo o su capacidad cognitiva.

2. Imputabilidad disminuida.

En este contexto, se introduce el concepto de imputabilidad disminuida como una categoría intermedia que responde a los avances en psiquiatría del siglo XX, este concepto se refiere a un desajuste que modifica la conciencia, la personalidad o el juicio de la persona, sin alcanzar el nivel de un trastorno mental completo o transitorio, ya que las facultades y procesos mentales básicos permanecen intactos¹¹². Por ende, la imputabilidad disminuida es un concepto que se refiere a una situación en la que un individuo, aunque aún es considerado imputable (capaz de ser responsable penalmente), presenta un grado reducido de capacidad para entender y autodeterminar su conducta debido a un trastorno o desajuste psicopatológico.

La imputabilidad disminuida se diferencia de la inimputabilidad total en que, aunque el sujeto conserva la capacidad para comprender la naturaleza ilícita de su conducta, su capacidad volitiva, es decir, su control sobre sus acciones se encuentra notablemente mermada. Esta reducción no elimina por completo su responsabilidad, pero sí disminuye su capacidad para actuar conforme a la norma prohibitiva o de mandato. En estos casos, el esfuerzo requerido para inhibir la conducta delictiva es mayor que el de una persona con pleno control de sus facultades, lo que justifica una reducción en el grado de reproche penal.

¹¹² GARRIDO MONTT, M. (2003). Derecho penal: Parte general. Tomo II. Nociones fundamentales de la teoría del delito (3ª ed., pp. 208) Editorial Jurídica de Chile. ISBN 956-10-1438-6.

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

Es importante destacar que la disminución de la imputabilidad no implica una falta absoluta de responsabilidad, sino que reconoce la existencia de factores psicopatológicos que afectan la capacidad del sujeto para actuar de manera plenamente consciente y libre.

En palabras del profesor Jaime Náquira, se presenta en casos donde, aunque el autor del delito es imputable al momento de cometerlo, sufre de una enfermedad o trastorno psicopatológico que afecta gravemente su capacidad de comprensión y/o autodeterminación. Debido a esta situación, su culpabilidad se considera reducida y su responsabilidad criminal se atenúa, dado el esfuerzo o la dificultad especial que enfrenta para ejercer su imputabilidad¹¹³.

Por lo tanto, lo relevante de la imputabilidad disminuida es que el sujeto aún es capaz de comprender el injusto del hecho, y se diferencia de la inimputabilidad total en que, aunque el sujeto conserva la capacidad para comprender la naturaleza ilícita de su conducta, su capacidad volitiva, es decir, su control sobre sus acciones se encuentra notablemente mermada. Esta reducción no elimina por completo su responsabilidad, pero sí disminuye su capacidad para actuar conforme a la norma prohibitiva o de mandato. En estos casos, el esfuerzo requerido para inhibir la conducta delictiva es mayor que el de una persona con pleno control de sus facultades, lo que justifica una reducción en el grado de reproche penal. Es importante destacar que la disminución de la imputabilidad no implica una falta absoluta de responsabilidad, sino que reconoce la existencia de factores psicopatológicos que afectan la capacidad del sujeto para actuar de manera plenamente consciente y libre.

En el mismo orden de ideas, el profesor Náquira señala que la imputabilidad disminuida se caracteriza por la naturaleza jurídico-penal de estas situaciones, y se considera como una circunstancia atenuante, pero no excluyente, de la responsabilidad criminal, con el propósito de compensar la limitación que afecta al autor. Así, aunque se reconoce la culpabilidad en el delito y la responsabilidad penal, se entiende que, debido a la naturaleza, gravedad o particularidades de estas hipótesis, el autor del hecho típico y antijurídico merece un menor juicio de reproche¹¹⁴.

Actualmente de conformidad a nuestra legislación, este tipo de hipótesis encuentra apoyo dogmático en el Código Penal, que señala: Art. 11, N° 1, del C.P.: *"Son circunstancias atenuantes:*

¹¹³ NÁQUIRA, J. R. (2013). Derecho penal Chile parte general. Tomo I (p. 739). Colección tratados y manuales.

¹¹⁴ IBÍDEM.

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

1º. Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos".

Entonces a la imputabilidad disminuida se ha entendido como una eximente incompleta, y en términos prácticos el tribunal resuelve los casos de imputabilidad invocando el artículo 10 N°1 dándole una graduación, con criterios psiquiátricos, a los trastornos sufridos por el sujeto para dar lugar a la imputabilidad disminuida, y a partir de ahí graduar la pena impuesta al sujeto que cometió el hecho típico y antijurídico.

III. TDAH Y TEA: ALCANCE DEL CONCEPTO, TRASTORNOS DEL NEURODESARROLLO Y TRASTORNO MENTAL.

Entre la imputabilidad penal y los trastornos del neurodesarrollo, como el TEA y el TDAH, radica la necesidad de ajustar el concepto tradicional de imputabilidad a los avances neurocientíficos actuales. A diferencia de los trastornos mentales "tradicionales"¹¹⁵, estos trastornos no siempre implican una pérdida total de la razón, pero pueden alterar de forma considerable la capacidad cognitiva y volitiva del individuo, lo que dificulta aplicar de manera automática los parámetros actuales de responsabilidad penal. Por ello, es necesario que el derecho penal contemple un enfoque más preciso y actualizado en su tratamiento de estas condiciones, evitando caer en conceptos estigmatizantes como "loco" o "demente", y asegurando que se respeten los avances en neurociencia y psicología que hoy nos ofrecen una comprensión más compleja de estas situaciones. En este sentido, cabe preguntarse: ¿los trastornos del neurodesarrollo deben considerarse dentro de la categoría de inimputabilidad o más bien encajan en hipótesis de imputabilidad disminuida?"

Es por ello, que el profesor Fernández, señala una reinterpretación del término "privación de razón", y no debe ser entendido como una mera incapacidad cognitiva, sino que incluye tanto incapacidades cognitivas como volitivas, y propone entender la inimputabilidad a través de la falta de "razonamiento práctico"¹¹⁶. En consecuencia, esto es relevante para los trastornos del neurodesarrollo, que no necesariamente implican una incapacidad total de entender, pero sí pueden verse afectadas significativamente estas capacidades volitivas. Fernández aboga por una distinción entre un desorden mental como estado, en donde el sujeto no es reconocido como agente autónomo, y como condición, esto implica que, a pesar de las

¹¹⁵ Podríamos denominar "tradicionales" aquellos trastornos mentales que nuestros manuales de derecho penal chileno parte general mencionan, ya que existe una multiplicidad de trastornos mentales mencionados, pero estos suelen repetirse, dejando de lado trastornos del neurodesarrollo como el TDAH y TEA, llegando a establecerse de manera robusta cuales son los alcances del artículo 10 N°1.

¹¹⁶ FERNÁNDEZ RUIZ, J. M. (2021). Los desórdenes mentales en el código penal chileno. Revista de Derecho (Valdivia), 34(2), 294. Página 297.

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

dificultades que enfrenta, el individuo todavía puede tomar decisiones y actuar, aunque quizás no con la misma eficacia que alguien sin el trastorno. En este caso, se reconoce que hay un nivel de autonomía que persiste, permitiendo que la persona sea vista como un agente con capacidad para actuar, aunque su capacidad esté reducida¹¹⁷.

Este enfoque no solo enriquece el debate sobre la responsabilidad penal, sino que también permite una comprensión más justa y equitativa de los individuos que viven con estos trastornos, reconociendo su dignidad y capacidad, a la vez que se fomenta un tratamiento legal que refleje las complejidades de su situación.

1. Alcances conceptuales:

Dicho lo anterior, las palabras y sus significados poseen una profunda influencia en la forma en que percibimos el mundo; su alcance es esencial al expresar o definir situaciones que tocan lo humano y lo social. Así, el lenguaje no solo describe, sino que moldea realidades, ejerciendo un poder inmediato en la sociedad¹¹⁸. En el ámbito del derecho, esta idea cobra aún mayor relevancia, pues, como bien reflexiona Squella, pensamos con las palabras y, por ello, debemos cuidar su uso: examinar las palabras es, en esencia, examinar el pensamiento. Esto nos lleva a recordar a aquellos jóvenes que han devuelto al discurso público la palabra igualdad, conscientes de que esta no puede limitarse a muros o pancartas; es preciso dotarla de contenido y significado profundo. Así, en las normas jurídicas que protegen derechos y garantías, el uso de conceptos precisos no solo es una cuestión de técnica, sino de justicia, pues en su claridad se juega el alcance efectivo de los derechos que definen nuestra convivencia¹¹⁹.

La reflexión sobre el lenguaje y su rol en la construcción de realidades sociales cobra especial relevancia en el ámbito del derecho, ya que este no solo establece normas, sino que, mediante sus términos, define categorías de personas, conductas y situaciones que afectan profundamente la vida de los individuos y la estructura de la sociedad. En el derecho, cada palabra posee una carga significativa, pues delimita los alcances de la justicia y los derechos; define qué comportamientos son permitidos o prohibidos y quiénes son considerados responsables o eximidos de responsabilidad. La elección de términos en la normativa jurídica, entonces, no es neutra ni meramente técnica; es una elección que construye realidades y afecta las percepciones sociales de justicia, derechos y estatus de las personas.

¹¹⁷ IBIDEM

¹¹⁸ JOSÉ SANTOS NALDA, PABLO NALDA GIMENO, & NATALIA NALDA GIMENO, Tus palabras crean tu realidad (Kolima Books, 2018), p. 3.

¹¹⁹ Agustín Squella, Igualdad, 4.^a ed., Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2018, p. 59

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

Es por ello, que en el ámbito legal términos como “enfermedad” o “discapacidad” suelen ser utilizados en materias jurídicas, siendo estos controversiales, por lo que son sometidos a discusión en cuanto a la forma de entenderlos. “Enfermedad” podría definirse como un fenómeno que implica una disminución de las capacidades del enfermo para alcanzar sus metas vitales. En este sentido, una persona enferma es una persona que no puede hacer lo que sí podría estando bien de salud, por lo tanto, se encuentra limitado. Entonces, al momento de determinar que alguien padece de una “enfermedad mental” se entendería que estamos estigmatizando porque se entiende que es una persona que se encuentra limitada psicológicamente¹²⁰.

Por otro lado “discapacidad”, suele ser definida como la situación de la persona que, por sus condiciones físicas, sensoriales, intelectuales o mentales duraderas, encuentra dificultades para su participación e inclusión social¹²¹.

Esta utilización de términos se contrasta con lo mencionado al inicio de esta sección, dado que con el fin de evitar esta estigmatización el término “trastorno mental” suele ser más amplio y adecuado al momento de referirnos a personas que pueden ser declaradas inimputables.

Es por esto por lo que según el CIE-11 un trastorno mental se caracteriza por una alteración clínicamente significativa de la cognición, la regulación de las emociones o el comportamiento de un individuo y que puede causar angustia o problemas en el funcionamiento diario¹²².

Por otro lado, a diferencia de lo anterior, los “trastornos del neurodesarrollo” son trastornos conductuales y cognitivos que surgen durante la infancia y el desarrollo, que dan lugar a dificultades considerables en la adquisición y ejecución de funciones intelectuales, motoras o sociales específicas. Los trastornos del neurodesarrollo incluyen trastornos del desarrollo intelectual, trastorno del espectro autista (TEA) y trastorno por déficit de atención con hiperactividad (TDAH), entre otros¹²³.

¹²⁰ AURENQUE STEPHAN, D., & JARAN DUQUETTE, F. (2018). La enfermedad como rasgo humano. Hacia una consideración de la enfermedad en cuanto fenómeno existencial. *Alpha* (Osorno), 46(2), 161-182. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22012018000200161.

¹²¹ Real Academia Española. (n.d.). Discapacidad. En *Diccionario de la lengua española* (23.^a ed.). disponible en <https://dle.rae.es/discapacidad>

¹²² Organización Mundial de la Salud. (2019). Clasificación internacional de enfermedades para estadísticas de mortalidad y morbilidad (11.a Revisión). <https://icd.who.int/es>.

¹²³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (2019): Trastornos mentales. Recuperado de: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mental-disorders>.

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

- El TDAH se caracteriza por un patrón persistente de falta de atención o hiperactividad-impulsividad, que tiene un impacto negativo directo en el funcionamiento académico, ocupacional o social.
- Los trastornos del desarrollo intelectual se caracterizan por limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y el comportamiento adaptativo, que se refiere a dificultades con las habilidades conceptuales, sociales y prácticas cotidianas en la vida diaria.
- El trastorno del espectro autista (TEA) constituye un grupo diverso de afecciones caracterizadas por cierto grado de dificultad con la comunicación y la interacción sociales recíproca, así como patrones de comportamiento, intereses y actividades restringidos, repetitivos e inflexibles¹²⁴.

Por lo tanto, existe una clasificación general en cuanto a los diferentes trastornos que existen, esto es que por un lado tenemos los trastornos mentales y por otro los trastornos del neurodesarrollo, que si bien parecen ser lo mismo no lo son. Sin embargo, nuestro código penal pareciera estar alejado de estos términos que resultan ser los adecuados a la hora de referirnos y darle tratamiento a la imputabilidad, según le expuesto en el artículo 10 N°1 del código penal al señalar “el loco” o “demente” responde a una lógica desactualizada. Ahora bien, se preguntará el lector ¿Por qué es relevante esta distinción de conceptos? Para este trabajo es relevante el precisar conceptos que en materia neurocientífica han avanzado de manera progresiva, entregando más claridad y precisión, por lo que el derecho penal no debe estar alejado de esta avance, dado que ciencias complementarias como lo es la neurociencia o la criminología son importantes dado que pueden servir de aporte para el tratamiento de la imputabilidad, como también evitar la lógica estigmatizante de la “locura” o del “demente”, que estigmatizan y discriminar de manera negativos al sujeto que comete el hecho delictivo.

La perspectiva del profesor Fernández cobra especial relevancia en esta discusión, ya que su distinción entre desorden mental como estado y como condición permite vislumbrar la complejidad de los trastornos del neurodesarrollo, donde la capacidad de la persona sobre sus decisiones y acciones persiste, aunque limitada¹²⁵. Al considerar esta distinción, el derecho penal puede evolucionar hacia un enfoque más matizado, que reconozca las capacidades y

¹²⁴ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. (2013). Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (5ta ed.). American Psychiatric Publishing.

¹²⁵ FERNÁNDEZ RUIZ, J. M. (2021). Los desórdenes mentales en el código penal chileno. Revista de Derecho (Valdivia), 34(2), 294. Página 297 - 298

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

limitaciones de los individuos, promoviendo un tratamiento más justo y humano en el sistema judicial.

Entonces es necesario una precisión y reinterpretación terminológica para el tratamiento de la imputabilidad, ya que la utilización de términos como trastorno mental o del neurodesarrollo, a nuestro parecer, resulta la más adecuada, porque los avances de la neurociencia tienen un vasto efecto en el Derecho Penal, dado que el sujeto que tiene sus facultades cognitivas o volitivas perturbadas comienza a ser mirado de otra forma, ya que sus hechos delictuales no revisten el mismo grado de intensidad que aquellos realizados por quienes no padecen de estos trastornos, además el invocar el numeral número 1 del artículo 10 solo lo encasilla en un sujeto loco o demente.

2. ¿Qué es el TDAH y TEA?

El TDAH es un trastorno del neurodesarrollo caracterizado por manifestaciones persistentes de inatención, hiperactividad e impulsividad que no corresponden al nivel de desarrollo de las personas y una persistencia de por lo menos seis meses, con un deterioro clínicamente significativo en al menos dos áreas de su vida (casa, escuela, trabajo, relaciones sociales, etc.), lo que impacta en el funcionamiento psicosocial.

Se ha estimado que 70% de los adultos con TDAH presenta al menos un trastorno comórbido¹²⁶. Los adultos con TDAH presentan mayor riesgo de labilidad emocional, depresión, trastorno de ansiedad generalizada¹²⁷, trastorno de estrés postraumático, fobias específicas, trastornos de personalidad¹²⁸, abuso de alcohol y sustancias, trastorno bipolar y trastornos de conducta, a esto se le suma que el TDAH en adultos puede significar la incapacidad para controlar los impulsos puede oscilar entre tener impaciencia al esperar en una fila o al conducir con mucho tránsito, y tener cambios de humor y arrebatos de ira¹²⁹.

¹²⁶ García CR, Bau CH, Silva KL, Callegari-Jacques SM, Salgado CA, Fischer AG, et al. The burdened life of adults with ADHD: Impairment beyond comorbidity. *European Psychiatry*. 2012;27:309-13.

¹²⁷ Zwaan M, Gruß B, Müller A, Graap H, Martin A, Glaesmer H, et al. The estimated prevalence and correlates of adult ADHD in a German community sample. *European archives of psychiatry and clinical neuroscience*. 2012; 262(1):79-86.

¹²⁸ Bernardi S, Faraone SV, Cortese S, Kerridge BT, Pallanti S, Wang S, et al. The lifetime impact of attention deficit hyperactivity disorder: Results from the National Epidemiologic Survey on Alcohol and Related Conditions (NESARC) 2012. *Psychol Med*. 2012;42(4):875-87.

¹²⁹ MAYO CLINIC. (s.f.). *Trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH) en adultos: Síntomas y causas*. <https://www.mayoclinic.org/es/diseases-conditions/adult-adhd/symptoms-causes/syc-20350878>

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

Por lo tanto, estos trastornos en adultos pueden presentar una alta comorbilidad ¹³⁰ con otros trastornos psiquiátricos, entonces este trastorno del neurodesarrollo por sí solo no necesariamente incapacita a una persona para comprender el hecho delictivo y para actuar conforme a esa comprensión. Sin embargo, en situaciones cuando el trastorno se manifiesta de manera muy grave, podría haber argumentos para considerar que el individuo presenta una capacidad disminuida o incluso, en casos excepcionales, inimputabilidad. El artículo 10 N° 1 del Código Penal chileno contempla la inimputabilidad cuando una persona actúa sin capacidad del sujeto de entender y comprender la norma prohibitiva o de mandato, o el sujeto no tiene la capacidad para autodeterminarse en virtud de la representación de la norma por su conducta debido a un trastorno mental. Por lo tanto, en supuestos donde una persona realiza un hecho típico a raíz de este trastorno del neurodesarrollo cada caso podría llevar a una imputabilidad disminuida, o incluso, en casos excepcionales, a la inimputabilidad, sin embargo, no existe claridad respecto a ello.

Por otro lado, el Trastorno del Espectro Autista (TEA) se caracteriza por déficits persistentes en comunicación e interacción social, así como también, patrones repetitivos y restringidos de conductas, actividades e intereses. El término "espectro" indica que el autismo incluye una variedad de manifestaciones y niveles de gravedad, desde personas que necesitan poco o ningún apoyo hasta aquellas que requieren asistencia significativa en su vida diaria.

Sin embargo, la ley 21.545 entiende por TEA: “aquellas personas que presentan una diferencia o diversidad en el neurodesarrollo típico, que se manifiesta en dificultades significativas en la iniciación, reciprocidad y mantención de la interacción y comunicación social al interactuar con los diferentes entornos, así como también en conductas o intereses restrictivos y repetitivos. El espectro de dificultad significativa en estas áreas es amplio y varía en cada persona.

El trastorno del espectro autista corresponde a una condición del neurodesarrollo, por lo que deberá contar con un diagnóstico.

Estas características constituyen algún grado de discapacidad cuando generan un impacto funcional significativo en la persona a nivel familiar, social, educativo, ocupacional o de otras áreas y que, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, impida o

¹³⁰ La comorbilidad se refiere a la presencia de dos o más trastornos o enfermedades en una misma persona, los cuales pueden influir mutuamente en los síntomas y resultados de salud. Es común entre trastornos por consumo de sustancias y otros problemas de salud, especialmente trastornos mentales, debido a factores de riesgo compartidos como genes, características individuales y el entorno. Para personas con trastornos por consumo de sustancias y problemas de salud mental, es preferible tratarlos simultáneamente, ya que esto mejora la eficacia del tratamiento para ambas condiciones. INSTITUTO NACIONAL DEL CÁNCER (NCI). (s.f.). *Comorbilidad*.

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

restrinja su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, lo que deberá ser calificado y certificado conforme a lo dispuesto en la ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad”¹³¹

Por otro lado, el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-5), clasifica el TEA en tres niveles, basándose en el apoyo que necesitan las personas que padecen de este trastorno del neurodesarrollo:

1. Nivel 1

Las personas con TEA de nivel 1 presentan dificultades para iniciar interacciones sociales y pueden mostrar respuestas inusuales en la comunicación. Sin embargo, con un apoyo moderado, pueden llevar una vida independiente, pero pueden tener algunos problemas en la organización y la planificación, lo que dificulta realizar tareas complejas.

2. Nivel 2

Las dificultades en la interacción social y la comunicación son más evidentes. Las personas suelen tener limitaciones en la iniciación de la interacción social y en la respuesta a las señales sociales de los demás. Los comportamientos repetitivos y los intereses restringidos son más pronunciados, lo que afecta considerablemente su funcionamiento diario. Se requiere un apoyo más constante.

3. Nivel 3

Las personas en este nivel tienen graves dificultades en la comunicación verbal y no verbal y muestran comportamientos repetitivos que interfieren con sus actividades diarias. Su capacidad para interactuar con otras personas es muy limitada, y requieren un apoyo intensivo para poder desenvolverse en la vida cotidiana¹³².

¹³¹ Ley 21.545 ESTABLECE LA PROMOCIÓN DE LA INCLUSIÓN, LA ATENCIÓN INTEGRAL, Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON TRASTORNO DEL ESPECTRO AUTISTA EN EL ÁMBITO SOCIAL, DE SALUD Y EDUCACIÓN, reformada, diario oficial de Chile 10 de marzo de 2023 (Chile)

¹³² AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, RESTREPO, R., & TAMMY J. CORDOVA. (2013). *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5* (Burg Translations, Inc., Trans.) [LIBRO]. American Psychiatric Association.(23–33) <https://www.eafit.edu.co/ninos/reddelaspreguntas/Documents/dsm-v-guia-consulta-manual-diagnostico-estadistico-trastornos-mentales.pdf>

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

IV. ¿CUÁLES HAN SIDO LAS RESPUESTAS RECIENTE DE LA LEGISLACIÓN?

Hace un par de años se plantearon diferentes proyectos que intentarían modificar el código penal, como resultado, surgieron anteproyectos que buscaban actualizar y mejorar la normativa vigente, especialmente en temas relacionados con la imputabilidad. Su análisis permite observar cómo la legislación chilena ha intentado adaptarse a los avances neurocientíficos y los cambios sociales. Sin embargo, al observar las propuestas fallidas o las revisiones parciales, se identifican las resistencias y dificultades que enfrenta el legislador para integrar conceptos más modernos y matizados, como los trastornos del neurodesarrollo.

El análisis de los anteproyectos evidencia las insuficiencias del Código Penal vigente, que sigue utilizando terminología obsoleta como “loco” o “demente”, términos que no reflejan la complejidad de los trastornos mentales y del neurodesarrollo. Al comparar las propuestas de reforma con la legislación actual, se evidencia que el derecho penal chileno ha quedado rezagado frente a los avances de la neurociencia. A continuación, se analizarán algunos de estos anteproyectos para comprender cómo intentaron, sin éxito, abordar las deficiencias actuales:

1. Propuestas de código penal chileno.

El Código Penal chileno ha estado en vigor cerca de 150 años. A pesar de los diversos proyectos de reforma propuestos para actualizar su estructura y conceptos, aún persisten deficiencias en su terminología. A continuación, analizaremos brevemente cómo en estos proyectos de modificación, no habrían logrado resolver completamente las problemáticas relacionadas con la imputabilidad penal de personas con trastornos del neurodesarrollo, debido al uso de conceptos amplios y erróneos que no abordan adecuadamente esta complejidad.

- a) El anteproyecto del año 2013, en su artículo 19 disponía lo siguiente: “*Art. 19. Inimputabilidad por padecimiento de anomalías o alteraciones. Actúa sin culpabilidad el que, a causa de cualquier anomalía o alteración, permanente o transitoria, al tiempo de incurrir en la acción u omisión que se le imputa haya sido incapaz de comprender la ilicitud de su conducta o de controlarla a fin de adecuarse a las exigencias del derecho. La culpabilidad no queda excluida si el responsable pudo evitar su incapacidad y prever el hecho cometido u omitido bajo esa circunstancia*”¹³³.

¹³³ Anteproyecto de Código Penal (2013), Santiago, Chile.

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

Es interesante como se sustituye el concepto de “loco” o “demente” por uno que si bien, no es el adecuado, parece acercarse a lo planteando por CIE-11, pero el lenguaje utilizado no es preciso para la complejidad de los trastornos mentales y trastornos del neurodesarrollo. Las manifestaciones de los trastornos mentales pueden variar considerablemente en cuanto a su impacto en la comprensión y el control del comportamiento. También este artículo agrega el elemento cognitivo y volitivo de la culpabilidad al señala “*haya sido incapaz de comprender la ilicitud de su conducta o de controlarla a fin de adecuarse a las exigencias del derecho*”, además agrega que la culpabilidad no se excluye si la persona tuvo la capacidad de evitar su incapacidad y anticipar el evento en esas circunstancias. Esta situación puede resultar problemática, dado que la habilidad para evitar o prever las consecuencias de un trastorno puede, no siempre, estar al alcance del individuo afectado, lo que podría dar lugar a decisiones judiciales que afecten los derechos de estas personas. Por lo tanto, es necesario adoptar un enfoque más preciso que tenga en cuenta la diversidad de los trastornos mentales y los trastornos del neurodesarrollo.

- b) El anteproyecto del año 2015, que en su artículo 16 dispone: “*Art. 16. Falta de responsabilidad por perturbación psíquica. No es penalmente responsable la persona que al momento del hecho padeciere una perturbación psíquica, aun transitoria, que la incapacitare para motivarse a evitarlo. Lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable si la persona afectada por la perturbación fuere responsable de haber quedado incapacitada para motivarse a evitar el hecho, en cuyo caso se le reconocerá una atenuante muy calificada en conformidad con lo dispuesto en los artículos Art. 56, Art. 57 y Art. 58, a menos que hubiere provocado deliberadamente la perturbación para ponerse en incapacidad de motivarse a evitar el hecho.*”¹³⁴”

Este anteproyecto agrega conceptos más amplios, pero el concepto de "perturbación psíquica" puede ser visto como demasiado amplio y vago, ya que, los trastornos mentales son extremadamente diversos y complejos, y no todas las perturbaciones psíquicas tienen el mismo impacto en la capacidad de juicio y control del individuo. También integra los elementos que componen a la imputabilidad, esto es que es la capacidad general de conocer el injusto del actuar (sin que este sea exigible un conocimiento axiológico, real y efectivo), y de la capacidad de determinación del sujeto conforme a ese conocimiento general de la norma prohibitiva. Por lo tanto, se aborda de manera más íntegra la relación entre la perturbación psíquica y la responsabilidad penal. Al establecer que una persona no es penalmente responsable si al momento del hecho sufre una perturbación psíquica que le impide motivarse

¹³⁴ Anteproyecto de Código Penal (2015), Santiago, Chile.

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

a evitar el delito, se reconoce la influencia de las condiciones mentales en la capacidad de control y conocimiento del sujeto. Sin embargo, la normativa debió definir con mayor precisión qué tipos de trastornos mentales y en qué grado afectan la capacidad de motivación del sujeto para evitar el delito.

- c) Por último, el anteproyecto de 2018, en su artículo 17 dispone: *“Art 17. Ausencia de responsabilidad por perturbación psíquica. No es penalmente responsable la persona que al momento del hecho padece una perturbación psíquica, aun transitoria, que la incapacita para motivarse a evitarlo. Lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable cuando la persona afectada por la perturbación fuere responsable de haber quedado incapacitada para motivarse a evitar el hecho, en cuyo caso se le reconocerá una atenuante muy calificada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60, 61 o 62, a menos que hubiere provocado deliberadamente su incapacidad.”*¹³⁵

Sin embargo, este no difiere demasiado con la disposición del anteproyecto del año 2015, por lo tanto, las críticas hacia este son similares, entonces pareciera ser que para el legislador la utilización de términos amplios, como “perturbación psíquica”, siguen siendo los adecuados para referirnos a estos casos, pero a nuestro parecer son conceptos vagos y no permiten lograr un alcance completo y preciso frente a la complejidad de los trastornos mentales y del neurodesarrollo.

En el derecho penal, la precisión en la terminología es fundamental, ya que los términos utilizados en las normativas no solo establecen los límites de la ley, sino que también influyen directamente en la administración de justicia y en la protección de los derechos de las personas. El Código Penal chileno, que aún emplea términos como “loco” o “demente” para referirse a individuos que no son penalmente responsables debido a trastornos mentales o del neurodesarrollo, evidencia la urgente necesidad de una actualización que refleje los avances en neurociencia y psiquiatría. Estas expresiones, presentes en el artículo 10 N° 1 del Código Penal, provienen de una visión del siglo XIX sobre la salud mental, asociando estos términos con una pérdida total de la razón y de la capacidad de autodeterminación. Tal lenguaje no sólo es impreciso, sino que perpetúa estigmas, simplificando una variedad de condiciones mentales bajo un estereotipo negativo, contribuyendo a la marginación social y legal de estas personas.

Además, dichos términos no abarcan la complejidad de los trastornos mentales reconocidos por la neurociencia y la psiquiatría actuales, ni permiten una evaluación

¹³⁵ Anteproyecto de Código Penal (2018), Santiago, Chile.

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

adecuada de las capacidades cognitivas y volitivas del individuo al momento de la comisión del delito. Por ejemplo, no se diferencia entre una persona con esquizofrenia, que puede experimentar episodios de psicosis severa, una persona con trastorno del espectro autista (TEA), que enfrenta dificultades en la interacción social y comunicación, o una persona con TDAH, cuya impulsividad puede afectar su comportamiento, pero que no necesariamente carece de la capacidad de comprender la ilicitud de sus acciones. La doctrina jurídica ha sido clave para determinar si estos casos deben considerarse como supuestos de inimputabilidad, imputabilidad disminuida o de trastornos mentales transitorios.

Si bien el uso de una terminología más neutral sería un avance, ello no resolvería por completo la problemática. La complejidad de los trastornos del neurodesarrollo, como el TEA y el TDAH, requiere una mayor precisión tanto en el lenguaje normativo como en su interpretación judicial para garantizar un tratamiento adecuado en el ámbito penal. Solo así podrá determinarse de manera justa si estamos ante un caso de inimputabilidad o de imputabilidad disminuida. En secciones posteriores, profundizaremos en esta problemática y en cómo podría abordarse desde una perspectiva jurídica más completa y ajustada a derecho.

2. Breve experiencia comparada.

Como señalamos anteriormente el TDAH presenta habitualmente una elevada comorbilidad con otros trastornos psiquiátricos a lo largo de las diferentes etapas de la vida. En la infancia y la adolescencia, con los trastornos de conducta, siendo frecuente su solapamiento con el trastorno negativo desafiante. A esto se le suma que la agresividad puede ser un síntoma propio de un trastorno o un síntoma asociado, siendo el trastorno de conducta (TC) y el comportamiento antisocial, el problema mental y de comportamiento más común en niños y jóvenes. Así, se ha estimado que según el DSM-5, como síntomas propios del cuadro¹³⁶.

Sin embargo, el riesgo de cometer actos delictivos aumenta en situaciones tales como, conductas impulsivas, en delitos relacionados con la integridad física, la conducción de vehículos, y el consumo de sustancias tóxicas. Esto se debe a que, debido a la impulsividad —ya sea provocada o no por la falta de atención—, se producirán conductas ilícitas que el menor, por la naturaleza misma del trastorno, no será capaz de controlar en el momento en que ocurren.¹³⁷

¹³⁶ IBIDEM

¹³⁷ FÁTIMA PÉREZ FERRER, La responsabilidad penal de los menores con Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad (TDAH), Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Almería.

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

Ahora bien, se revisará experiencia comparada en cuanto a sentencias del tribunal supremo español, ya que, al momento de la realización de este trabajo al revisar la base de datos vLex, no se encontró jurisprudencia chilena referente a trastornos del neurodesarrollo como lo es el TEA y TDAH.

A. España:

En consecuencia, el código penal de España los casos de TDAH en personas adultas decide resolverlos en virtud de tres disposiciones que son aplicables al caso¹³⁸:

- a. La eximente completa (artículo 20.1 CP¹³⁹) se aplicará únicamente cuando se demuestre que la persona sufre una anomalía o trastorno psíquico que le impida entender la ilicitud de su conducta o actuar de acuerdo con esa comprensión, es decir, cuando su capacidad de culpabilidad queda completamente anulada.
- b. La eximente incompleta (artículo 21.1 CP¹⁴⁰) requiere la presencia de una alteración significativa que, sin anular completamente la culpabilidad, reduzca notablemente su capacidad, aunque la persona aún mantenga la percepción de la ilegalidad del acto que comete, desde una perspectiva de déficit volitivo.
- c. La eximente incompleta (artículo 21.1 CP¹⁴¹) requiere una alteración considerable que, sin eliminar por completo la culpabilidad, disminuya notablemente su capacidad, permitiendo aún que la persona reconozca la ilicitud del acto realizado, enfocándose en el déficit volitivo.

Por ejemplo, en el Auto del Tribunal Supremo 274/2010 señala un problema recurrente en casos donde se alega la presencia de TDAH en el imputado. En este caso, la responsabilidad se atribuye al informe pericial, que indicaba que el acusado fue diagnosticado con TDAH a los ocho años y recibió tratamiento farmacológico durante un año, seguido de tres años de psicoterapia. Más tarde, el acusado comenzó a consumir cannabis, lo que llevó al fracaso escolar y problemas de conducta. En 2006, se unió a un programa de apoyo para adolescentes y no se consideró necesaria la medicación. Sin embargo, el informe no fue

¹³⁸ IBIDEM

¹³⁹ Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

¹⁴⁰ Artículo 21. Son circunstancias atenuantes: 1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

¹⁴¹ IBIDEM

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

tomado en cuenta por el Tribunal al no incluir pruebas diagnósticas o informes que lo respaldaran, y no se encontró evidencia del trastorno en seguimientos médicos posteriores ni en otros informes periciales. El Tribunal Supremo concluyó que cualquier relevancia del trastorno sólo podría relacionarse con la toxicomanía del acusado, y no con el TDAH en sí mismo¹⁴².

Por otro lado, tenemos que, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 898/2012, de 18 de diciembre [JUR 2013\24963], deja un margen de duda al respecto ya que, aunque se corrobora la presencia del TDAH en el condenado, no parece que el trastorno guarde relación con los hechos imputados, no existiendo, en consecuencia, una convicción firme por parte del órgano judicial al respecto, sin motivación alguna, lo que podría suponer una vulneración del principio *in dubio pro reo*¹⁴³.

Por lo tanto, los tribunales españoles al momento de observación de la imputabilidad deben valorarse en el instante de la comisión del delito, si la persona presenta sus facultades psíquicas mínimas para comprender la ilicitud del hecho y autodeterminarse en virtud de esa comprensión. Es por esto por lo que la jurisprudencia española ha señalado que la persona que presenta TDAH es en todo momento plenamente consciente de la ilicitud del hecho cometido, no existiendo, como regla general, una afectación relevante en su ámbito cognitivo.

En conclusión, las personas que padecen TDAH son, en todo momento, plenamente conscientes de la ilegalidad de sus acciones, y por lo general no presentan una afectación significativa en su capacidad cognitiva. Por ello, cualquier posible afectación de su imputabilidad debe enfocarse necesariamente en el ámbito volitivo. Sin embargo, según la jurisprudencia revisada el tribunal supremo español ha optado por considerar imputables a los individuos con TDAH, y como máximo se han reconocido atenuantes analógicas de alteraciones psíquica fundamentado la dificultad que tiene el sujeto de controlar sus impulsos¹⁴⁴.

Esto último parece problemático, ya que como mencionamos en secciones anteriores, es necesario otorgar un tratamiento diferenciado al TDAH en cuanto a la afectación sobre la capacidad volitiva del sujeto, el tratamiento que ha brindado la jurisprudencia española permite comprobar que el TDAH, por sí solo, tiene un impacto muy limitado en la

¹⁴² DAVID LORENZO MORILLAS FERNÁNDEZ, *Imputabilidad y Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad*, Universidad de Murcia, 2010.

¹⁴³ *Ibidem*

¹⁴⁴ FÁTIMA PÉREZ FERRER, *La responsabilidad penal de los menores con Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad (TDAH)*, Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Almería. Página 115.

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

consideración de la inimputabilidad, incluso en lo que respecta a la semi-imputabilidad (eximente incompleta) o la reducción de la responsabilidad mediante la aplicación de una atenuante analógica. En todo caso, cualquier posible consideración de inimputabilidad se basaría principalmente en la afectación de la esfera volitiva o la capacidad de autodeterminación del comportamiento, pero nunca en el ámbito cognitivo¹⁴⁵.

Si bien, España aún presenta problemáticas a la hora de determinar si un sujeto con TDAH es inimputable o no, la relevancia de examinar lo que se hace en España radica en que este análisis puede servir como referencia para el derecho penal chileno, donde aún no existe un desarrollo exhaustivo en relación con la imputabilidad de personas con TDAH o TEA. En Chile, es necesario definir con mayor claridad los límites entre imputabilidad plena y disminuida en casos de trastornos del neurodesarrollo como lo es el TDAH y TEA, y adoptar un enfoque similar al español que contemple la posibilidad de atenuantes en función de las dificultades volitivas, proporcionando un tratamiento más adecuado y justo para estos sujetos en el marco jurídico penal.

B. ¿Cómo resuelven nuestros tribunales?

Como señalamos en la introducción, al momento de la redacción de este trabajo se realizó una búsqueda exhaustiva de jurisprudencia en la base de datos vLex. Si bien se encontraron casos en los que algunos tribunales abordan de manera superficial el tratamiento del TDAH, sin mencionar explícitamente la inimputabilidad, estos permiten establecer ciertos parámetros que podrían seguirse en el futuro. Por otro lado, en cuanto al TEA, no se logró encontrar jurisprudencia que declare la inimputabilidad —total o disminuida— del sujeto.

En primer lugar, en la sentencia con fecha 05 de febrero de 2024 Rol: O-230- 2023, que conoció el *Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago*, los imputados B.R.O.B. y B.F.H.N. fueron juzgados por los delitos de robo con intimidación y receptación de vehículo motorizado, cometidos el 6 de marzo de 2023 en La Florida, Santiago. Según el Ministerio Público, los acusados abordaron a la víctima en un semáforo, lo intimidaron con armas y le sustrajeron tanto su vehículo BMW como otras pertenencias, siendo detenidos por Carabineros minutos después¹⁴⁶.

En relación con el TDAH, se presentó un informe psiquiátrico de uno de los acusados, B.F.H.N., y se mencionan antecedentes de Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad

¹⁴⁵ AGUILAR CÁRCELES, M. M. (2015). *¿Sería comprensible la inclusión del TDAH dentro de las denominadas “anomalías mentales permanentes” descritas por la doctrina penal tras el análisis de la cuestión de imputabilidad-inimputabilidad?* Volumen 11, Universidad de Murcia. Página 70.

¹⁴⁶ Sentencia de robo con intimidación y receptación de vehículo motorizado, Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 2024 (Rol N°23002336-2, RIT N°230-2023).

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

(TDAH) desde la infancia, junto con problemas de disfunción escolar y limitaciones sensoriales. El informe detalla su historia médica y cómo estas condiciones impactaron su conducta y desarrollo cognitivo, lo que podría haber influido en su participación en los hechos. Aunque el TDAH fue mencionado, no se observó que este fuera un factor determinante en la declaración de inimputabilidad del acusado.

Con fecha 19 de febrero del 2024, Rol: O-129-2024, que conoció el *tribunal de juicio oral de punta arenas*, el imputado R.M.A.A., fue encontrado en posesión de una bolsa con cannabis sativa y un teléfono celular, con evidencia que daba el indicio de venta de la droga. Sin embargo, se presentó un informe médico, el cual menciona que tenía antecedentes médicos de TDAH y estaba bajo tratamiento con medicamentos como Ritalin y clonazepam. Esto es relevante porque la defensa argumentó que consumía marihuana debido a su estado de salud mental, lo cual influyó en la defensa, que alegó que la droga era para consumo personal y no para tráfico¹⁴⁷.

Sin embargo, el tribunal falló que, si bien el imputado R.M.A.A. tenía un diagnóstico de TDAH, este trastorno no fue suficiente para demostrar una disminución significativa de sus capacidades mentales en el momento de la comisión del delito. A pesar de que la defensa intentó argumentar una imputabilidad disminuida debido a su condición médica, el tribunal concluyó que no se cumplían los requisitos para que dicha atenuante fuera aplicada. En consecuencia, se señaló que los certificados médicos que acreditaban el TDAH, junto con otros informes, no establecieron que el acusado no tuviera la capacidad suficiente para comprender el carácter ilícito de sus acciones o actuar de acuerdo con esa comprensión. Por lo tanto, no se acogió la solicitud de imputabilidad disminuida y la condena se mantuvo en los términos de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas¹⁴⁸.

Con fecha 15 de julio de 2024, en la causa Rol: O-96-2024, el tribunal de juicio en lo penal de la Serena señaló que el imputado, M.B.G.S por tráfico de drogas en pequeñas cantidades, la defensa argumentó que la sustancia estaba destinada para consumo personal debido a que el acusado tiene problemas de consumo crónico desde su adolescencia, lo cual fue avalado por antecedentes médicos, incluido un diagnóstico de Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad (TDAH) e insomnio crónico. El tratamiento prescrito incluye el uso de cannabis para manejar ambos trastornos. Sin embargo, el tribunal rechazó la defensa del consumo personal al considerar que la cantidad incautada y los elementos encontrados son indicios claros de actividad de tráfico y que la evaluación médica que prescribía el uso

¹⁴⁷ Sentencia de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, 2024 (RUC N°2300352222-9, RIT N°129-2023).

¹⁴⁸ Ibidem

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

de cannabis fue posterior a los hechos, lo que no justifica la posesión en el momento del arresto. A pesar de reconocer el consumo problemático del acusado, el tribunal concluyó que su conducta también se ajustaba al tráfico de drogas, ya que, él imputado no seguía un proceso legal para obtener la sustancia, lo que se consideró como un factor relevante al desestimar la defensa del consumo personal¹⁴⁹.

A su vez, y relacionado con el caso anterior, con fecha 16 de septiembre de 2024 se interpuso un recurso de nulidad, y se fundamentó en que hubo una errónea aplicación del derecho, particularmente en lo relacionado con la interpretación del concepto de "consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo". A pesar de esto, el tribunal desestimó el recurso y ratificó la condena por tráfico, indicando que la cantidad de droga encontrada y los elementos incautados no justificaban la exoneración bajo el argumento de consumo personal y exclusivo¹⁵⁰.

Entonces podemos señalar que los tribunales, si bien tienen en consideración el TDAH al momento de tomar una decisión y fundamentarla, mencionan de manera superficial el análisis del trastorno, y no permite enmarcarlo en una causal de imputabilidad, ni tampoco en un supuesto de imputabilidad disminuida, por lo que se invoca una atenuante que permite la rebaja de la pena. Por lo que podemos concluir, que nuestra jurisprudencia no le da el alcance de imputabilidad al TDAH según lo dispuesto en el artículo 10 N°1 del código penal.

V. Conclusiones.

En la actualidad, el tratamiento jurídico de la imputabilidad en personas con trastornos del neurodesarrollo, como el Trastorno del Espectro Autista (TEA) y el Trastorno de Déficit de Atención e Hiperactividad (TDAH), revela importantes vacíos en el derecho penal chileno. El código penal chileno posee un enfoque anacrónico y basado en nociones desactualizadas de la salud mental, utiliza conceptos como "loco" o "demente" que perpetúan la estigmatización de las personas con condiciones mentales. Estas categorías no sólo resultan imprecisas, sino que también desvirtúan las particularidades cognitivas y volitivas de los individuos con trastornos del neurodesarrollo.

La realidad neurocientífica y psiquiátrica actual nos obliga a replantear la forma en que el sistema penal entiende la inimputabilidad. Trastornos como el TEA y el TDAH no pueden ser reducidos a un diagnóstico simple que determine de manera absoluta la capacidad de

¹⁴⁹ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, R.U.C.: 2301291177-7, R.I.T.: 96-2024, Sentencia del 15 de julio de 2024, redactada por la Jueza Eugenia Victoria Gallardo Labraña.

¹⁵⁰ Sentencia de microtráfico de drogas, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, 2024 (Rol N°1274- 2024, RIT I-96-2024).

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

imputabilidad o inimputabilidad de una persona. La capacidad para comprender la ilicitud de los actos y para autodeterminarse en virtud de esa comprensión varía significativamente en estos individuos y, por tanto, el derecho penal chileno debe incorporar esta complejidad a través de una revisión profunda de su normativa.

Es evidente que el derecho penal debe evolucionar hacia un enfoque más matizado que permita reconocer los distintos grados de responsabilidad penal en las personas con trastornos del neurodesarrollo. La imputabilidad disminuida, que ha sido insuficientemente explorada en nuestra doctrina, podría ofrecer una vía más justa para valorar el impacto de estos trastornos en la capacidad volitiva del individuo. En este sentido, sería esencial adoptar un criterio flexible que, respetando la dignidad y derechos de las personas con TEA y TDAH, permitan valorar de manera adecuada la imputabilidad en función de las circunstancias particulares del caso.

A través de un análisis comparado, particularmente con el sistema español, se evidencia que, aunque existen avances en la inclusión de atenuantes basadas en el elemento volitivo, sigue habiendo una falta de claridad en cómo estos trastornos afectan la capacidad de autodeterminación en la comisión de delitos. La experiencia española muestra la necesidad de contar con informes periciales sólidos que integren los avances de la neurociencia y la psicología, y este mismo estándar debería ser adoptado en Chile, estableciendo un diálogo constante entre las ciencias jurídicas y las ciencias de la salud.

Finalmente, es crucial que la legislación chilena no sólo modernice su lenguaje, sino que también implemente un enfoque integral que tome en cuenta los avances en neurociencia para proporcionar un marco normativo más justo y equitativo. Esto implica no solo modificar los artículos relativos a la inimputabilidad, sino también tener una comprensión amplia sobre estos trastornos, evitando resoluciones basadas en prejuicios o en conceptos desactualizados. Solo así será posible garantizar un tratamiento adecuado en el sistema penal para las personas con trastornos del neurodesarrollo.

Por otro lado, el legislador debería considerar las experiencias comparadas para obtener un concepto más amplio de estos trastornos del neurodesarrollo. En nuestra opinión, los casos de TDAH deben ser analizados en función de la comorbilidad con otros trastornos; sin embargo, también debe tomarse en cuenta si esto se enmarca en la imputabilidad disminuida o no. No se debe dar importancia únicamente al elemento cognitivo del delito, sino también al volitivo, abordándolo desde un razonamiento práctico, donde, aunque el sujeto entienda el contenido de la norma, actúe de manera impulsiva. Ahora bien, la problemática radica en determinar si esto constituye una atenuante o no. Por lo tanto, es necesario contar con una conceptualización y límites claros que permitan establecer si estos trastornos del

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

neurodesarrollo se encuentran contemplados en el artículo 10 N°1, como imputabilidad disminuida o como una atenuante.

En definitiva, el derecho, aunque no puede regular ni tipificar todas las problemáticas del ser humano, tiene el deber de avanzar al ritmo de la realidad que lo rodea. Debe ser una herramienta viva, que abraza los desafíos de nuestro tiempo, porque sólo cuando está actualizado y en armonía con los cambios sociales, puede hacer justicia de manera plena. Que no sea una fría estructura, sino un puente hacia una justicia que respete la dignidad y reconozca las diferencias de cada ser humano.

Bibliografía.

Bibliografía citada

AGUILAR CÁRCELES, M. M. (2015). ¿Sería comprensible la inclusión del TDAH dentro de las denominadas “anomalías mentales permanentes” descritas por la doctrina penal tras el análisis de la cuestión de imputabilidad- inimputabilidad? Volumen 11, Universidad de Murcia.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. (2013). *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* (5ta ed.). American Psychiatric Publishing.

AURENQUE STEPHAN, D., & JARAN DUQUETTE, F. (2018). La enfermedad como rasgo humano. Hacia una consideración de la enfermedad en cuanto fenómeno existencial. *Alpha (Osorno)*, 46(2), 161-182.

BERNARDI, S., FARAONE, S. V., CORTESE, S., KERRIDGE, B. T., PALLANTI, S., WANG, S., et al. (2012). The lifetime impact of attention deficit hyperactivity disorder: Results from the National Epidemiologic Survey on Alcohol and Related Conditions (NESARC). *Psychological Medicine*, 42(4), 875-887.

CILLERO, M., COUSÓ, J., HERNÁNDEZ, H., & MERA, J. (2011). *Código Penal Comentado: Libro Primero (Arts. 1° a 105)*. Doctrina y Jurisprudencia (1ª ed., p. 180). Legal Publishing Chile.

ETCHEBERRY, A. (1999). *Derecho penal. Parte general*. Tomo primero (3ª ed. revisada y actualizada, 1997, pp. 278-290). Editorial Jurídica de Chile. ISBN 956-10-1206-5.

FERNÁNDEZ RUIZ, J. M. (2021). Los desórdenes mentales en el código penal chileno. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol.34, N° 2: pp. 294-297.

GARCÍA, C. R., BAU, C. H., SILVA, K. L., CALLEGARI-JACQUES, S. M., SALGADO, C. A., & FISCHER, A. G. (2012). The burdened life of adults with ADHD: Impairment beyond comorbidity. *European Psychiatry*, 27, 309-313.

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

GARRIDO MONTT, M. (2003). *Derecho penal: Parte general*. Tomo I. Nociones fundamentales de la teoría del delito (3ª ed., pp. 47-48). Editorial Jurídica de Chile. ISBN 956-10-1438-6.

GARRIDO MONTT, M. (2003). *Derecho penal: Parte general*. Tomo II. Nociones fundamentales de la teoría del delito (3ª ed., pp. 208). Editorial Jurídica de Chile. ISBN 956-10-1438-6.

INSTITUTO NACIONAL DEL CÁNCER (NCI). (s.f.). *Comorbilidad*. <https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionarios/diccionario-cancer/def/comorbilidad>.

LORENZO MORILLAS FERNÁNDEZ, D. (2010). *Imputabilidad y Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad*. Universidad de Murcia.

MAYO CLINIC. (S.F.). *Trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH) en adultos: Síntomas y causas*.

MERCURIO, E. (2023). ¿Hacia dónde va la inimputabilidad? Entre las neurociencias y el modelo social de la discapacidad. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 36, N° 1: pp. 290-295.

NÁQUIRA, J. R. (2013). *Derecho penal Chile parte general*. Tomo I (p. 739). Colección tratados y manuales.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (2019). *Clasificación internacional de enfermedades para estadísticas de mortalidad y morbilidad* (11.a Revisión). <https://icd.who.int/es>.

PÉREZ FERRER, F. *La responsabilidad penal de los menores con Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad (TDAH)*, Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Almería.

RETTIG ESPINOZA, M. (2019). *Derecho penal parte general*. Tomo II. Ediciones DER, 39-40, Santiago, Chile.

SQUELLA, A. (2018). *Igualdad* (4.ª ed.). Ediciones Universidad Diego Portales.

ZWAAN, M., GRUB, B., MÜLLER, A., GRAAP, H., MARTIN, A., GLAESMER, H., et al. (2012). The estimated prevalence and correlates of adult ADHD in a German community sample. *European Archives of Psychiatry and Clinical Neuroscience*, 262(1), 79-86.

Imputabilidad en el Derecho Penal Chileno: ¿Dónde están los límites y cómo se abordan el TEA y el TDAH en materia penal?

Normas e instrumentos citados

ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL (2013). Santiago, Chile.

ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL (2015). Santiago, Chile.

ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL (2018). Santiago, Chile.

Ley 21.545. (2023). Establece la promoción de la inclusión, la atención integral, y la protección de los derechos de las personas con trastorno del espectro autista en el ámbito social, de salud y educación, Diario Oficial de Chile.

Sentencia de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, 2024 (RUC N°2300352222-9, RIT N°129-2023).

Sentencia de robo con intimidación y receptación de vehículo motorizado, Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 2024 (Rol N°23002336-2, RIT N°230-2023).

Sentencia de tráfico ilícito de drogas, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, 2024 (RIT N°96-2024, RUC N°2301291177-7).

Sentencia de microtráfico de drogas, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, 2024 (Rol N°1274-2024, RIT I-96-2024).



LEX OLYMPIA

REVISTA DE DERECHO