

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

N°57 - DICIEMBRE 2013

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

N°57 - Diciembre 2013

Fiscal Nacional y Representante Legal:

Sabas Chahuán Sarrás

Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:

Pablo Campos Muñoz

Comité Editorial:

Pablo Campos Muñoz

Coordinador

Karen Guzmán Valenzuela

Sandra Luco Castro

Ricardo Mestre Araneda

Antonio Segovia Arancibia

Colaboradores:

Andrea González Leiva

David Opazo Meneses

Soledad Poblete Moya

La Revista Jurídica del Ministerio Público (ISSN N°0718-6479) es una publicación de la Fiscalía Nacional de la Institución, continuadora del Boletín del Ministerio Público, cuyo primer número fue publicado en mayo de 2001. Durante su primer año de publicación, fue editado mensualmente. Durante el año 2002 lo fue cada dos meses y, en el 2003, el incremento del material de difusión generado por la Reforma, forzó su edición trimestral, para fortalecer la recopilación y selección del material a publicar. Contiene 1.- Jurisprudencia; 2.- Comentarios de Jurisprudencia (artículos en que autores pertenecientes al Ministerio Público o externos analizan aspectos doctrinarios interesantes de fallos correspondientes al nuevo procedimiento penal) y 3.- Artículos e Informes de autores pertenecientes al Ministerio Público o externos que analizan diversos temas de derecho, principalmente derecho penal y procesal penal, o se informa sobre distintos aspectos relativos a la reforma procesal penal.

Toda solicitud de canje o donación de la Revista debe dirigirse a la Biblioteca de la Fiscalía Nacional.

Dirección: General Mackenna 1369, 2° piso, Santiago, Chile.

E-mail: sluco@minpublico.cl

Teléfono: 2965 9693

Las sentencias publicadas en esta Revista, se encuentran diagramadas de acuerdo al estilo de edición de la misma y sus textos son la transcripción de los originales, salvo cuando involucran a menores de edad, a víctimas de delitos de índole sexual o violencia intrafamiliar, o testigos cuya identidad no debe ser difundida, casos en el cuales los nombres de las víctimas y/o testigos y parientes, son reemplazados por sus iniciales para resguardar su identidad.

Las expresiones contenidas en los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión del Ministerio Público.

El Ministerio Público autoriza la reproducción del contenido de esta publicación, siempre y cuando se cite al autor, el número y año de la publicación y no se utilice para fines comerciales.

ÍNDICE

PRÓLOGO

I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

Artículos

Desde el inquisitivo al acusatorio formal, evoluciones e involuciones a más de 10 años de la gran Reforma Procesal Penal 9
Rodrigo Cerda San Martín

Fallos

Recurso de nulidad rechazado. Declaración de imputado sin la presencia de abogado defensor. Derecho a no autoincriminarse. Buena fe de funcionarios policiales 17
Corte Suprema

Requerimiento de inaplicabilidad rechazado. Artículo 389 del Código Procesal Penal 29
Tribunal Constitucional

II. DIVISIÓN DE ATENCIÓN A LAS VÍCTIMAS Y A LOS TESTIGOS

Artículos

Origen y evolución del sistema de protección a víctimas y testigos en Chile 45
Carmen Barra Jofré

III. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

La querrela de capítulos y los jueces de policía local 73
Claudia Ortega Forner

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

Sentencias Comentadas

- Facultades de la policía marítima de la Dirección General de Territorio Marítimo y de Marina Mercante 95
Renzo Figueroa Aste

V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

- Algunos desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales en torno a los delitos contemplados en los artículos 411 quáter y 411 ter del Código Penal 127
Karen Guzmán Valenzuela

VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN LAVADO DE DINERO, DELITOS ECONÓMICOS, MEDIOAMBIENTALES Y CRIMEN ORGANIZADO

Artículos

- Punibilidad de los fraudes cometidos mediante falsificación y uso de licencias médicas falsas 177
Verónica Rosenblut Gorodinsky
- Algunas consideraciones sobre el delito de lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable 191
Angélica Torres Figueroa

VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

Artículos

- Estudio de caracterización del delito adolescente: lo que develan las estadísticas 217
Francisco Maffioletti Celedón y Alejandra Vera Azocar

PRÓLOGO

Junto con el inicio del nuevo siglo, comenzó a regir de manera gradual el nuevo proceso penal en nuestro país.

A más de una década de funcionamiento, hoy ya no es un tema novedoso, y su funcionamiento forma parte del normal acontecer nacional, habiendo sido incorporado por la población como una más de las reglas del juego de nuestra sociedad.

Sin embargo, el estar plenamente incorporado en el quehacer judicial del país, no significa que su estudio, los aciertos o errores que se presenten en su aplicación concreta, o las dudas o discusiones que éstos puedan generar, sean cosas del pasado. Por lo mismo, en materia penal no sólo se sigue profundizando y avanzando en lo referido al actuar penal ilícito, sino también en lo procedimental, y como solemos hacer presente, con la publicación de nuestra Revista Jurídica, pretendemos aportar en el desarrollo en nuestro país de la ciencia penal, así como del estudio del proceso penal.

Así es como en esta edición presentamos la ponencia de don Rodrigo Cerda San Martín, Ministro de la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, sobre la evolución de nuestro antiguo sistema inquisitivo al actual. Por otra parte, y desde la aplicación judicial concreta, nos referimos a sendos fallos que resuelven materias tan trascendentes como la declaración de un imputado sin la presencia de un abogado defensor o la procedencia de un recurso de inaplicabilidad referido al artículo 389 del Código Procesal Penal, así como también una sentencia comentada que se refirió a las facultades de la policía marítima.

Del mismo modo, presentamos interesantes artículos elaborados por nuestras Unidades Especializadas que abordan diversas temáticas que van desde el fraude cometido a través de licencias médicas falsas, el lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable, y la querrela de capítulos en el caso de los jueces de policía local, hasta la evolución dogmática y jurisprudencial de los delitos tipificados en los artículos 411 quáter y 411 ter del Código Penal, entre otros.

SABAS CHAHUÁN SARRÁS
Fiscal Nacional

MATERIAS
DE INTERÉS GENERAL

DESDE EL INQUISITIVO AL ACUSATORIO FORMAL, EVOLUCIONES E INVOLUCIONES A MÁS DE 10 AÑOS DE LA GRAN REFORMA PROCESAL PENAL

Rodrigo Cerda San Martín¹

Sumario. 1.- Ideas preliminares. 2.- El riesgo del error. 3.- Importancia de los principios para la vigencia de la garantía epistémica. 4.- La presunción de inocencia y el estándar de convicción. 5.- Conclusiones.

1. Ideas preliminares

Hemos querido exponer acerca de lo que ha significado la Reforma Procesal Penal en el ejercicio de la función jurisdiccional, transcurridos ya más de diez años desde su gradual entrada en vigencia, que en el caso de la región del Biobío data del año 2003.

Trataremos de ordenar, con ese fin, un conjunto de ideas que corresponden a la experiencia de un juez que estuvo en el período anterior a cargo de un tribunal con competencia en materia penal, o sea un juez inquisitivo, de aquellos que determinaban de oficio las cautelares personales, investigaban los hechos punibles denunciados, coordinando el trabajo de las policías y órganos auxiliares, procesaban a los reos, acusaban y, después de un amago de juicio, que recibía el nombre de plenario, sentenciaban al acusado, condenando –las más de las veces– o absolviendo.

Nos encontrábamos, entonces, dentro del grupo de jueces que, en los momentos iniciales, fueron calificados como “contaminados”, pues se consideraba que traíamos incorporada una cultura jurídica de carácter inquisitiva difícil de borrar, pero que, no obstante ello, debían ser considerados para las nuevas dotaciones de jueces de garantía y orales, en atención a que no había personal de reemplazo suficiente para empezar efectivamente de cero.

Después de superar los procesos de selección y nombramientos, vino la capacitación profunda acerca del sistema que se iba a implementar, sus principios y reglas. En esos cursos de formación inicial debimos internalizar los grandes valores en que se sustentaba el nuevo Código Procesal Penal e idear la forma de concretizar en las audiencias y demás actuaciones tales postulados y normas abstractas. Se trataba de un escenario absolutamente diferente,

1 Ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción y Presidente de la Asociación Nacional de Magistrados (2012-2014). Ponencia presentada en la jornada de conmemoración de los diez años de la reforma procesal penal en la Región del Biobío, organizada por el Ministerio Público de Concepción, 8 de noviembre de 2013.

que exigía habilidades y destrezas diversas de parte de los sujetos procesales e intervinientes.

Nuestros profesores se esforzaron al máximo para procurar que estos futuros jueces y demás operadores generaran efectivamente el cambio que se esperaba, de modo que las capacitaciones fueron muy intensas y acabadas, logrando, al menos, inocular en nuestras conciencias la importancia de los principios inspiradores de la reforma, muchos de los cuales constituían, además, sendos derechos y garantías fundamentales, dentro del contexto de un “*proceso penal constitucionalizado*”.

En ese escenario nos propusimos ser adecuados jueces para el sistema, aprender esta nueva forma de trabajo y eliminar del pensamiento de las autoridades de la época todos los temores y suspicacias que nuestras funciones precedentes generaban. Para ello se requería dirigir los debates en las audiencias públicas de un modo claro y eficiente, exigiendo el respeto irrestricto de los principios de oralidad, intermediación, publicidad y contradicción, todo lo cual se tradujo en la adopción de una serie de ritos procesales coherentes con tales postulados, lo que incluyó la definición de la estructura de las distintas audiencias, los tiempos máximos de uso de la palabra, escuchando siempre a todos los intervinientes y decidiendo los asuntos de forma verbal e inmediata.

Especial relevancia asignamos a la llamada capacitación interinstitucional, en la cual pudimos recrear mediante la simulación de roles lo que serían las futuras audiencias de control de detención, de formalización, de debate de cautelares, de cautela de garantías, de salidas alternativas, de cierre de la investigación, de preparación y de juicio oral.

2. El riesgo del error

Como todo era nuevo la posibilidad de errar en el ejercicio de la función era considerable y, como ya señalamos, debíamos disipar las dudas que provenían de nuestro oscuro pasado inquisitivo, vulnerador de todo tipo de derechos y garantías de los justiciables, dentro de los cuales destacaban la presunción de inocencia, el derecho de defensa y la imparcialidad del tribunal.

La oralidad y la intermediación fueron elevadas al rango de principios estructurales y con esa fuerza entraron en nuestras mentes, ya nunca más actuaciones escritas, ya nunca más delegación de funciones jurisdiccionales.

Bajo esa consigna el péndulo osciló hacia el lado inversamente opuesto, en relación a la situación preexistente, sin efectuar un análisis realmente meditado acerca de los significados profundos de estas técnicas procesales y respecto de la utilidad que ellos prestan a verdaderos valores del sistema, como son el principio adversarial y el grado de certeza que el estado jurídico de inocencia imponían, esto es, la convicción más allá de toda duda razonable.

Cuántas veces instruimos a los intervinientes acerca de la prohibición de hacer lectura de escritos, llamándolos a convocarse con el principio de oralidad, lo que implicaba manifestar sus argumentos y peticiones en forma verbal; luego, al concluir el debate respectivo nos percatábamos que ahora nos correspondía a nosotros decidir y motivar también de un modo oral. No fue fácil alcanzar los estándares esperados y realizar, a su vez, audiencias en tiempos acotados en pos de la eficiencia.

La necesidad de entregar una decisión oportuna nos convirtió en jueces y litigantes que ejecutaban su labor de un modo eficiente, cumpliendo con los tiempos máximos fijados en la ley casi en la totalidad de los casos. Ello nos trajo el reconocimiento internacional y muchos jueces, fiscales y defensores fuimos convocados a exponer en otros países acerca de nuestro sistema procesal penal y especialmente por la forma óptima de utilización de los recursos.

En principio la atención se focalizó en los aspectos formales relativos al escenario de las audiencias públicas y la interpretación de las normas adjetivas. Pero, con posterioridad, empezamos a preocuparnos por cuestiones más sustanciales, tales como los errores en la identificación de los imputados, la fiabilidad de la información aportada por el órgano persecutor, la licitud de la misma, el nivel de fundamentación de las peticiones y de las decisiones preliminares y definitivas, el rol de la víctima y la vigencia de los derechos de todos los involucrados en la persecución penal. Todo lo anterior cruzado por la preocupación social y política relativa a la seguridad pública.

Para dar un salto cualitativo en el crecimiento del sistema resulta necesario hacerse cargo de tales cuestiones en forma seria y científica, sin caer en la tentación de modificar instituciones y normas, que son de la esencia, ante casos puntuales o anécdotas estadísticas.

3. Importancia de los principios para la vigencia de la garantía epistémica

En lo personal, durante todos los años como juzgador penal, me pareció preocupante la existencia de condenas con mínima información de cargo y una cierta resistencia a absolver en los casos de duda razonable.

Creemos que el sistema nos llama a adjudicar la sanción penal sólo en aquellos casos en que no hay dudas razonables acerca de la existencia del hecho imputado, para luego hacer una correcta o al menos plausible aplicación del derecho vigente, todo por cierto en un contexto de debido proceso.

La posibilidad de errar es grande y por ello debemos ser rigurosos en nuestras conclusiones, motivando de un modo solvente, claro y lógico en la sentencia las razones que nos llevan a decidir de uno u otro modo.

Ante tales cavilaciones los principios de oralidad, inmediación y contradictorio asumieron un sentido sustancial y no sólo formal. Se nos presentaron, ahora, como exigencias indispensables para un juzgamiento acertado, especialmente en lo que hace al juicio fáctico. Como herramientas útiles para llegar a la verdad por aproximación o, al menos, para errar lo menos posible, esto es, para hacer vigente la garantía epistémica.

Desde la sola consideración epistemológica, la racionalidad de la conclusión fáctica se relaciona con la cantidad de información en que se sustenta (principio lógico de razón suficiente), de modo que el estándar mínimo de convicción es el de probabilidad prevalente, reducible bajo la fórmula “*más probable que no*”, lo que significa que la cantidad de información afirmativa de la hipótesis fáctica es superior a la información negativa. No basta, en consecuencia, con la existencia de evidencia de cargo, es preciso además que esa información supere un cierto nivel de racionalidad.

Lo dicho precedentemente se hace más complejo en el escenario de juzgamiento penal, en razón de trascendentes determinaciones normativas, a saber la presunción de inocencia y el estándar de convicción más allá de toda duda razonable. Sobre estas definiciones volveremos más adelante.

Visto así el tema, la inmediación y, desde ella, la optimización del contradictorio sirven a la búsqueda de la verdad, pues aportan al debate condiciones materiales que permiten la dialéctica y por el choque de versiones se mejoran las posibilidades de aproximarnos a la certeza deseada o, al menos, reducir las posibilidades de errar.

Para disminuir la eventualidad del error, los jueces debemos alejarnos de la mera subjetividad, que es arbitraria y no admite controles, asumiendo condiciones de juzgamiento y obligaciones de fundamentación que se ajusten a la racionalidad y a la normatividad existente.

Vistas así las cosas, la inmediación no puede ser concebida como un privilegio, en cuya virtud la presencia directa del juez en el debate, especialmente probatorio, implique que sólo ese juzgador puede emitir conclusiones válidas acerca de lo que se estima probado o no, como una epifanía inefable acerca de lo que es verdadero o falso, asumiendo capacidades o competencias intelectuales o parasicológicas respecto de su escrutinio a las conductas de los testigos y peritos durante el juicio, a las miradas, titubeos, quiebres de voz u otras manifestaciones a las que la psicología del testimonio no se permite emitir ninguna conclusión de validez científica.

La inmediación no puede ser una excusa del juez para explicar la nula fundamentación racional de su juicio fáctico. Nada puede concluir un juez desde la inmediación si no es susceptible de ser justificado racionalmente y, enseguida, controlado a través de los recursos procesales. Si el tribunal no fundamenta o

si sus argumentos no se ajustan a la racionalidad, esto es, a los parámetros de la sana crítica la decisión es susceptible de ser invalidada por la Corte conociendo del recurso de nulidad.

En consecuencia, no basta con que el juez esté presente en el debate, despierto y atento, asumiendo los roles que describe la ley, sino que, además, debe saber obtener desde ese escenario la información objetiva que le proporcionan los elementos de prueba y que servirán racionalmente a su juicio fáctico, utilizándolos como insumos de sus fundamentos probatorios. Así por ejemplo, si la ciencia ha demostrado, de un modo afianzado, que el testigo que titubea al responder una pregunta miente, podrá utilizar dicho conocimiento privado, como máxima de la experiencia, siendo válida la conclusión; en caso contrario, si su aseveración en ese sentido carece de todo apoyo racional, no es más que una mera subjetividad, un puro arbitrario, proscrito por los artículos 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal.

Lo dicho nos lleva a tener una opinión crítica respecto de aquellos considerados tipo utilizados en algunas sentencias de nulidad de nuestros tribunales de alzada, en el sentido que lo concluido por los jueces del fondo, en virtud del principio de inmediación, no es susceptible de control, que son soberanos y, por ende, que no cabe a la Corte entrar a revisar sus argumentos. Ello implica una denegación al derecho al recurso, lo que es inadmisibles en un proceso penal constitucionalizado.

4. La presunción de inocencia y el estándar de convicción

El estado jurídico de inocente constituye un derecho y una garantía del juzgamiento penal para el imputado, de modo que sólo es legítima la condena previo juicio, en el cual se haya demostrado con elementos de prueba serios, lícitos y contundentes que es culpable del hecho que se le atribuye, debiendo el tribunal llegar a esa conclusión después de una serie de pasos metodológicos que demuestren el cumplimiento de las exigencias racionales y normativas. Tales pasos pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

- a) Describir toda la prueba rendida en el juicio, separando aquella que va a ser utilizada al momento de emitir la conclusión de aquella otra que no lo será, por diversos motivos, tales como la impertinencia, la ilicitud y la falta de fuerza epistémica.
- b) Valorar la información obtenida desde los diversos elementos de prueba seleccionados, en una apreciación conjunta, infiriendo, además, a través de procesos lógicos, aquellos otros datos que se desprenden o deducen desde la prueba directa.

- c) Emitir la conclusión fáctica propiamente tal, para lo cual será indispensable oponer efectivamente el alto estándar de prueba exigido por la ley (artículo 340 del Código Procesal Penal).

En consecuencia, podría ocurrir en un caso concreto que no obstante existir información afirmativa que sirva para predicar la verdad del hecho imputado ello no puede realizarse en razón del estándar de convicción, más allá de toda duda razonable. Ello puede acontecer, pues para condenar en el ámbito penal no basta con vencer el parámetro de la probabilidad prevalente, sino que se requiere de una probabilidad más alta.

Es un deber jurídico del tribunal utilizar y tener en cuenta ese alto estándar de convicción al momento de concluir si los hechos imputados ocurrieron o no, así lo imponen los artículos 297 y 340 del Código Procesal Penal y la sanción de su infracción es la nulidad del juicio y de la sentencia.

Las definiciones normativas en análisis vienen a fortalecer la garantía epistémica, encontrándose políticamente dirigidas a evitar un error determinado, cual es la condena de un inocente. Axiológicamente se acepta la posibilidad de absolver a uno o varios acusados, al exigir una cantidad importante de información para la decisión de condena, con tal que con ello se obtenga una reducción notable de la eventualidad de la condena de un inocente.

Para que tales propósitos sean logrables es preciso entender el estándar de “*convicción más allá de toda duda razonable*” con un sentido objetivo, esto es, como una creencia aceptada y aceptable racionalmente, donde la racionalidad está dada por la información que proviene de los elementos de prueba incorporados a juicio y la normatividad cumplida con la oposición del alto nivel de prueba que se exige.

Una visión subjetivista del estándar, donde basta la creencia del juzgador, esto es, el sentirse persuadido, al modo de la íntima convicción, tira por el suelo los mecanismos de control que el sistema prevé para evitar los errores, especialmente la eficacia del derecho al recurso. En efecto, si sostenemos que la convicción es un estado interno de la conciencia, al cual se llega irracionalmente y soberanamente a través de la inmediatez, su revisión se hace imposible y la garantía del recurso desaparece.

5. Conclusiones

Transcurridos ya más de diez años desde la implementación de la reforma procesal penal se hace necesario volver a revisar los cimientos en que se estructura el sistema, determinando cuáles son los principios en los que éste realmente se sustenta y el alcance práctico de los mismos.

Debemos retomar una capacitación profunda de todos los actores, que implique un crecimiento efectivo y un mejoramiento real de la actividad jurisdiccional penal.

Es nuestra obligación evitar o al menos disminuir las posibilidades de error judicial, de modo que el valor declarado por el sistema de no condenar a personas inocentes se haga efectivo, identificando las garantías que permiten obtener tal logro y generando buenas prácticas en ese sentido.

En dicho contexto, la presunción de inocencia y el estándar de convicción se erigen como garantías epistémicas que los jueces estamos llamados a respetar en el proceso intelectual de valoración de la prueba.

Bajo estas mismas ideas, los principios de oralidad, inmediación y adversarial adquieren un sentido sustancial y no meramente formal.

Finalmente, si no respetamos estos postulados, que sirven de garantía epistémica, el recurso de nulidad debe ser el principal mecanismo de control endo-procesal de la decisión fáctica, promoviendo una revisión cabal de la forma en que se establecieron los hechos, en procura de la racionalidad y de las exigencias normativas aludidas.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. DECLARACIÓN DE IMPUTADO SIN LA PRESENCIA DE ABOGADO DEFENSOR. DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE. BUENA FE DE FUNCIONARIOS POLICIALES

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

Recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública a favor de un condenado por el delito de violación con homicidio. En dicha presentación se reclamaba de actuaciones autónomas ilegales de funcionarios de Carabineros y de infracción al derecho a no autoincriminarse, puesto que el ex conviviente de la víctima es llevado a una Comisaría, y luego de tres horas de ser entrevistado en calidad de testigo, revela ser el autor del hecho, dirigiéndose luego con los funcionarios policiales al sitio del suceso, donde había enterrado el cadáver.

Al respecto la Excma. Corte señala, ante el reclamo de actuaciones ilícitas y autónomas, que dichos funcionarios no estaban investigando la comisión de un delito de homicidio, sino que recibieron una denuncia por presunta desgracia y, en virtud de ello, el Ministerio Público les dio una orden amplia de investigar para desarrollar las labores propias y oportunas que permitieran dar con el paradero de la persona desaparecida.

Agrega además el fallo, que la actividad desplegada por la policía cae en una de las excepciones a la exclusión de prueba ilegal, cual es la buena fe, porque si bien es cierto, no era excusable que simplemente le anunciaran que su calidad cambiaría de testigo a imputado cuando dijo que quería decir lo que había hecho, que la mató y que la enterró en el bosque y que los funcionarios decidieran primero comprobar si ello era cierto, porque no le creyeron, la verdad es que cuando lo llevaron al Cuartel, no lo condujeron como sospechoso de homicidio, sino que efectivamente como testigo en una investigación por presunta desgracia.

Por otra parte, refiere el fallo en comentario que, el solo transcurso de ocho horas no es un tiempo que resulte excesivo o que por sí solo permita considerar que se ha incurrido en una vulneración de derechos que afecte el juicio o el libre albedrío de un hombre adulto y joven.

Finalmente, se indica que el imputado fue informado sobre el derecho que tenía a ser asistido por un abogado defensor y él decidió no contar con dicho profesional para declarar lo que deseaba informar a las autoridades respectivas. Esta situación es posible, desde que no es obligatoria la presencia del profesional mencionado para que el imputado declare, sino tan sólo que se le asegure el acceso a ese derecho y ello se cumplió, al punto que el abogado llegó al lugar donde éste se encontraba y se entrevistó con aquél. Luego, es relevante destacar, tal como lo hicieron los jueces del fondo, que después de la entrevista con el abogado, el imputado perseveró en declarar y sólo después de la insistencia del profesional, optó por interrumpir su confesión.

Texto Completo:

Santiago, treinta y uno de diciembre de dos mil trece.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles, condenó a RICARDO ALEXIS ARÉVALO VIDAL por su responsabilidad como autor del delito de violación con homicidio de K.Y.B.N. a la pena de 20 años de presidio mayor en su grado máximo, accesorias legales, sin costas. El hecho se cometió el 23 de septiembre de 2012 en Santa Bárbara. Fue absuelto del delito de inhumación ilegal.

La defensa del referido dedujo recurso de nulidad el que se admitió a tramitación por resolución de fs. 135, habiéndose fijado audiencia pública para su conocimiento por decreto de fs. 136.

A fs. 138 se incorporó el acta que da cuenta de haberse realizado la audiencia de la vista del recurso.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por el recurso deducido, la defensa invocó como causal principal, la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, denunciando infracción al artículo 19 N°3 inciso 5° de la Constitución Política, en relación al debido proceso en cuanto a un juicio previo legalmente tramitado y al artículo 8.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Aduce el recurrente que funcionarios de Carabineros fueron a buscar al imputado a su domicilio –en virtud de una orden amplia de investigar– y lo trasladaron hasta un cuartel policial, en una supuesta calidad de testigo, aunque mantenían sospechas de su intervención en el hecho; y procedieron a interrogarlo desde las 13:30 hasta las 15:00, sin leerle sus derechos y sin que exista registro de lo conversado, hasta cuando voluntariamente habría confesado que mató a su ex pareja y la enterró en el bosque. Sin leerle sus derechos aun y sin advertir al fiscal, los funcionarios llevaron al sujeto al lugar señalado y excavaron en el sitio indicado y sólo después de constatar lo aseverado, aproximadamente a las 17:00 horas, llamaron al fiscal de turno que dispuso las diligencias de rigor y gestionó la detención del imputado, lo que se cumplió a las 17:45, siendo nuevamente interrogado en presencia de la fiscal adjunta, a las 20:00 horas, pero sin asistencia de un abogado defensor.

Las actuaciones ilícitas que de estos hechos deriva la recurrente son las siguientes: 1) se le llevó engañado al cuartel, en calidad de testigo y no de imputado, a pesar que en el juicio el Carabinero Hugo Sanhueza, a cargo de la Unidad de Investigación, reconoció que sospechaban de él. Lo llevan, interrogan y aunque dicen que le toman declaración, aquélla no consta en ninguna parte. Lo mismo dicen los otros funcionarios.

El artículo 7 del Código Procesal Penal establece los derechos del imputado desde que se atribuye a

una persona responsable en un hecho, en tanto el artículo 195 del mismo código impide el engaño al tomar declaración al imputado. Cita al respecto los fallos de este tribunal roles números 4001-10 en su considerando 18; 9758-09, motivo 12; y, 3849-12 razonamiento 11.

2) No se leyeron los derechos al imputado al momento de confesar su participación en un delito de homicidio. El funcionario Sanhueza reconoció este hecho y señaló que sólo lo harían una vez que ratificaran la información aportada por el imputado y esa fue la razón por la cual lo trasladaron hasta el lugar donde dijo encontrarse el cadáver. Sin embargo, tal situación en opinión de la defensa, configura una grave vulneración al debido proceso porque lo puso en situación de desventaja frente al Estado, lo que es aún más reprochable si se tiene en cuenta que los funcionarios a cargo del procedimiento tienen una vasta experiencia profesional. Sobre este tópico, cita el fallo de esta Corte Suprema rol N°9521-09.

3) No existe acta de la supuesta declaración que entregó como testigo entre las 13:30 y las 15:00 horas en el cuartel policial, como tampoco el acta de lectura de los derechos como imputado, ni como testigo. Los funcionarios dicen que lo llevan al cuartel para tomarle una declaración más formal (por sus contradicciones) y sin embargo ella no existe. Luego dicen que sólo fue una entrevista y que no se hizo acta de ella, en circunstancias que el artículo 228 del Código Procesal Penal ordena dejar

constancia inmediata de las diligencias practicadas, con expresión del día, hora y lugar en que se hubieren realizado y toda circunstancia útil a la investigación.

4) Los funcionarios policiales realizaron diligencias de investigación de manera ilegal. Una vez recibida la confesión, no llamaron al fiscal, sino que autónomamente fueron al lugar y excavaron para encontrar el cuerpo, con lo cual se vulneró el artículo 7 de la Constitución Política y 85 del Código Procesal Penal que si bien autoriza actuaciones sin orden previa del fiscal, no contempla la alteración del sitio del suceso, para lo cual no resulta suficiente una orden amplia de investigar.

5) En la declaración que se tomó al imputado a las 20:00 horas, no estuvo presente un abogado defensor que lo asistiera. Se trata de una garantía que asegura el principio de igualdad entre las partes y de contradicción y sólo la presencia de un abogado permite asegurar mínimamente que el proceso se mantenga en un ámbito de racionalidad y juego limpio que garantice que la investigación y el procedimiento sean racionales y justos.

En el caso, se reclama que el fiscal no sólo no realizó ninguna gestión para que el imputado contara con abogado defensor, sino que no cumplió con la obligación de dar aviso al defensor al tomar la declaración como lo ordena el artículo 193 inciso final del Código Procesal Penal.

La defensa sostiene que pidió la exclusión de los funcionarios apre-

hensores como prueba ofrecida y de toda la derivada de su ilícita actividad, lo que fue rechazado por el Juez de Garantía, quien adujo que el artículo 297 del Código Procesal Penal establecía el principio de libertad de prueba. Lo mismo se reclamó en la audiencia de juicio oral, con el objeto que ese tribunal no valorase tales medios probatorios por haber sido obtenidos con infracción de garantías constitucionales. El tribunal admite en los motivos 26° y 27° de la sentencia que existió la vulneración de derechos, pero la valora igual por estimar que existen dos excepciones a la exclusión, cuales son: el vínculo causal atenuado o saneamiento de la prueba ilícita y la teoría de la proporcionalidad (considerandos 29° a 33°)

La defensa estima que se violó el debido proceso al legitimar las declaraciones, actuaciones y evidencias obtenidas ilícitamente por los funcionarios Hugo Sanhueza Fuentes, Angelina Cuevas Aguilera y Marco Rojas Lagos, quienes infringieron el derecho a no autoincriminación del imputado y afirma que los razonamientos del tribunal para valorarlos contravienen la ley nacional y que además, no se dan en el caso los requisitos de las teorías esgrimidas por ellos.

En relación a la cita del profesor Héctor Hernández en el fallo, aduce que siendo la no auto incriminación un derecho fundamental, la teoría de la proporcionalidad no puede ser admitida en nuestro ordenamiento si de ello una prueba obtenida con infracción de garantías constitucio-

nales conlleva una sentencia condenatoria. El artículo 276 inciso 3° del código del ramo ordena al juez excluir la prueba obtenida con infracción de garantías, en tanto el artículo 334 inciso final, impide incorporar como medio de prueba, alguno obtenido en la misma situación. De ello colige que la teoría de la proporcionalidad no puede ser tolerada en nuestro ordenamiento por ser contraria al mismo y por ser extremadamente peligrosa porque conduce a que “el fin justifica los medios”.

También rechaza la forma en que se aplicó la teoría del vínculo causal atenuado o saneamiento de la prueba ilícita, que purga las infracciones pretéritas de la policía, ya que de acuerdo a lo prevenido en los artículos 160 y 164 del Código Procesal Penal, las infracciones que impiden el pleno ejercicio de los derechos no pueden ser subsanadas por acto posterior, el que en el caso tampoco resulta idóneo porque en todas las legislaciones extranjeras donde existe la figura se exige que se preste ante abogado defensor y en un ambiente comprobable de libertad, sin vicios ni situaciones sugestivas. En el caso, la segunda declaración se prestó en un ambiente de coerción: en un cuartel policial, al que fue trasladado engañado, sin asistencia de abogado, después de 8 horas en poder de los funcionarios, sin haber comido ni descansado. Tal ambiente destruye la dignidad humana, socava la libertad e impide una libre elección, lo que lleva al sujeto a sucumbir.

Concluye la defensa, pidiendo que se declare la nulidad del juicio y de la sentencia y que se retrotraiga el proceso al estado de realizar nueva audiencia preparatoria donde se proceda conforme a derecho excluyéndose las pruebas que señala para realizar nuevo juicio oral.

SEGUNDO: Que en subsidio de la causal antes descrita, la defensa ha invocado la del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 342 letra c) y 297 del mismo código, lo que ha hecho consistir en diferentes capítulos.

En primer término, afirma que el imputado fue condenado como autor de violación con homicidio. El Ministerio Público consideró que la violación se había cometido con intimidación que describió “bajo amenaza”, la que sin embargo, no se tuvo por acreditada por el tribunal, que sólo dijo “encontrándose la víctima en indefensión, dado el lugar donde se encontraba...” de donde concluye la defensa que no se indican las razones legales o doctrinales que sirven para calificar jurídicamente los hechos como violación, ya que aun cuando en el motivo 38° los jueces parecen razonar sobre la existencia de fuerza, ella no está descrita en el hecho.

Agrega la defensa que no se valoró toda la prueba rendida en el juicio, puesto que dos peritos de Laborcar dijeron que no encontraron en el cuerpo de la víctima, señales de lucha o defensa.

También reclama que se dieron por establecidos hechos sin prueba,

puesto que en el sitio del suceso se encontró rastros de semen en una toalla higiénica y pese a que no hubo examen de ADN se presumió que era del imputado.

Luego, sostiene que se recurre también porque no se consignó de manera íntegra toda la prueba presentada durante el juicio, ya que se interrogó a la testigo Nadia Inostroza Aránguiz (médico legista) sobre las lesiones genitales y anales de la víctima, lo que no era menor ya que se había establecido que aquella había estado en un motel con su pareja ese mismo día y la perito declaró que las lesiones podía haber sido originadas hasta 24 horas antes de su fallecimiento. Tales asertos no se contemplaron en la sentencia.

Del mismo modo, la sentencia resulta contraria a las máximas de la experiencia porque la legista dijo que las lesiones de la vagina y el ano podían tener una data de 24 horas previas a la muerte y se comprobó en el motivo octavo que la víctima estuvo con su pareja el día anterior, a pesar de lo cual, el tribunal rechazó la defensa esgrimida porque la legista dijo que las lesiones también podían ser coetáneas y porque ningún testigo declaró haber visto a la víctima con su pareja el día anterior.

La defensa cuestiona este argumento, primero, porque lo natural es que las personas busquen intimidad para tener sexo y por lo tanto, no es probable que existan testigos de ello; y, segundo, porque existiendo duda razonable sobre el origen de las lesiones, se pide a la defensa que

puebe que la víctima tuvo relaciones sexuales el día en que murió.

Por último, sostiene el recurrente que no se señalan las razones por las cuales se admite la declaración del acusado sólo en algunos aspectos y en otros no, ya que éste declaró que la relación sexual fue voluntaria, lo que el tribunal rechaza por la existencia de lesiones y por las circunstancias en que se produjo.

TERCERO: Que para la demostración de la preparación y las circunstancias de las causales invocadas, la defensa ofreció prueba documental y de audio. Sin embargo, iniciada la rendición de su prueba, en lo que se refería a la preparación de la causal principal, el abogado del Ministerio Público fue consultado por el Presidente de la Sala en cuanto a si existía discusión sobre la preparación del recurso, a lo que éste contestó que no existía cuestionamiento al respecto, lo que llevó a la defensa a retirar la prueba ofrecida para la demostración de tal extremo.

En consecuencia, la defensa reprodujo a través de su lectura resumida, parte del auto de apertura de juicio oral de 28 de agosto de 2013 y luego, del registro de audio del juicio oral, una sección de la pista 1200960074-2-1325-1310105-03-04, entre los minutos 00:46 a 03:08.

CUARTO: Que en lo que cabe a la causal de infracción de normas constitucionales, no existe cuestionamiento sobre la efectividad de los hechos consignados en el motivo vigésimo sexto de la sentencia impugnada, respecto de los

cuales, los jueces del fondo concluyeron que se había incurrido en una violación de garantías fundamentales en cuanto al principio de no autoincriminación y, por ende, habría correspondido restar valor a la declaración del imputado prestada bajo esas circunstancias así como a toda la prueba restante que fuera derivada en forma directa de aquélla.

Empero, los mismos jueces razonaron luego en el sentido que se había verificado en la especie una situación de excepción a la exclusión de prueba ilícita, conocida en doctrina como vínculo causal atenuado o saneamiento de la prueba ilegítima, lo que se había producido dado que en un momento posterior a la primitiva declaración y al descubrimiento del cadáver, el imputado prestó una nueva declaración, pero esta vez lo hizo en presencia de una fiscal del Ministerio Público y advertido de sus derechos, ocasión en la cual consintió voluntariamente en declarar, reconociendo su autoría en el delito y dando detalles sobre el mismo, lo que hizo sin requerir la presencia de un abogado defensor. Los funcionarios aprehensores que se refieren al hecho –según se lee de la misma sentencia y fue destacado en estrados por el apoderado del Ministerio Público– dijeron que se apersonó un abogado al lugar, el que se entrevistó de inmediato con el imputado, tras lo cual, este último dijo que deseaba seguir declarando, oportunidad en que el abogado requirió volver a hablar con él, lo que se extendió por cerca de media hora, tras lo cual el acusado indicó que no seguiría

hablando y que tampoco firmaría su declaración.

Los jueces asignaron mérito a esta segunda declaración, cuya existencia no fue cuestionada por la defensa, que sólo reprochó que se realizara muchas horas después de encontrarse el imputado a disposición de la policía, a lo que agregaron los magistrados la circunstancia que después de hablar con el abogado mantuvo su resolución de declarar, la que declinó sólo después de una segunda entrevista con el profesional que se extendió por cerca de media hora.

A resultas de lo descrito, los jueces estimaron que se había producido el denominado vínculo atenuado o saneamiento de la nulidad, porque en la segunda entrevista actuó advertido de sus derechos y en presencia del fiscal.

A ello se sumó, “por otro lado” la circunstancia que el fundamento de las teorías de excepción a las reglas de exclusión, está en que en algunos casos rechazar la prueba ilícita puede resultar excesivo, de ahí la existencia de variados motivos para ello y en este caso concreto, se estimó que tenía también aplicación la teoría de la proporcionalidad de acuerdo a la cual debe atenderse a la gravedad del hecho punible investigado y a la intensidad o gravedad del derecho fundamental afectado. En la situación en estudio, el derecho violentado se refería a no haber dado a conocer al imputado sus derechos una vez que confesó su participación en un delito, lo que más tarde

se corrigió, renovándose su confesión con todas las garantías legales, infracción que, en consecuencia, pasó a ser secundaria ante la gravedad del delito que siempre siguió siendo el mismo, una violación con homicidio y con agravantes de alevosía y premeditación concurrentes.

QUINTO: Que, a su turno, la defensa impugna la procedencia del denominado vínculo atenuado, porque de conformidad a lo prevenido en los artículos 160 y 164 del Código Procesal Penal las infracciones que impiden el pleno ejercicio de los derechos no pueden ser subsanadas por acto posterior, que en el caso tampoco habría sido idóneo, ya que la segunda declaración no se prestó en situación de efectiva voluntariedad, sino que de coerción, dentro de un cuartel policial, al que se le llevó engañado, sin asistencia de abogado, después de 8 horas de estar detenido y sin haber comido ni descansado. A ello sumó que la teoría de la proporcionalidad no tendría ninguna posibilidad de ser admitida en nuestra legislación, porque tanto el artículo 276 inciso 3° del Código Procesal Penal, como el 334 inciso final del mismo código, impiden incorporar como medio de prueba, alguno obtenido con infracción de garantías constitucionales, concluyendo que de ello deriva que el fin justifique los medios.

SEXTO: Que para comenzar el análisis sometido al conocimiento de este tribunal es preciso, en primer término, advertir que la conclusión de los jueces de haber sido ilícita la primera actuación de los funciona-

rios policiales, realizada sin intervención del fiscal del proceso, puede ser estimada correcta, pero es excesiva porque desatiende el origen de la indagación.

En efecto, los funcionarios policiales no estaban investigando la comisión de un delito de homicidio, sino que –según se lee de la misma sentencia impugnada– ellos recibieron una denuncia por presunta desgracia y recibieron un mandato del Ministerio Público, facultados por una orden amplia de investigar para desarrollar las labores propias y oportunas que permitieran dar con el paradero de la persona desaparecida. En tales circunstancias habían ya interrogado en una ocasión al acusado, quien dijo no haber tenido contacto alguno con la mencionada, pero luego recibieron información de una hermana de la misma que dijo disponer del registro de llamadas telefónicas de K.B. y que conforme al mismo, aquélla había recibido llamadas del teléfono del acusado. En ese escenario, los funcionarios decidieron entrevistarlo para salvar la contradicción existente, pero como ya se explicó, en el desarrollo de una orden de investigación por una denuncia de presunta desgracia. Tenían datos incluso, en el sentido que K. había desaparecido con las llaves del local donde trabajaba y el dinero recaudado, de modo tal que hasta el momento en que se formulan preguntas a Ricardo Arévalo sobre las contradicciones o su conocimiento sobre el paradero de la mujer, no podía ser sospechoso de delito alguno.

En este sentido, la actividad desplegada por la policía cae también en otra de las excepciones a la exclusión de prueba ilegal, cual es la buena fe, porque si bien es cierto, no era excusable que simplemente le anunciaran que su calidad cambiaría de testigo a imputado cuando dijo que quería decir lo que había hecho, que la mató y que la enterró en el bosque y que los funcionarios decidieran primero comprobar si ello era cierto, porque no le creyeron, la verdad es que cuando lo llevaron al Cuartel, no lo condujeron como sospechoso de homicidio, sino que efectivamente como testigo en una investigación por presunta desgracia. Luego, cuando en el transcurso de una entrevista asume una posición determinada y decide hablar de lo que ha hecho, sorprende también a los funcionarios con lo que asevera y en su primera frase ha confesado ya su delito. Hasta ese momento los policías estaban actuando de buena fe y era en ese momento que debieron leerle sus derechos.

Sin embargo, en esta segunda parte, ha sido correcta la conclusión a la que llegaron los jueces en cuanto a que lo obrado con posterioridad constituyó una situación de excepción a la obligación de exclusión por prueba ilícita, aunque no se compartan todos los motivos esgrimidos para ello, pero esta última circunstancia carece de trascendencia para los efectos del recurso deducido, ya que existió saneamiento posterior o el denominado vínculo causal atenuado. En esta parte, la defensa no desconoce que existió la segunda declaración en la que el imputado repitió la misma

información ya aportada y que dio detalles sobre el hecho y su intervención, sino que reclamó por la falta de voluntariedad de esa confesión, fundamentalmente porque habían transcurrido 8 horas desde que se encontraba a disposición de la policía y, por ende, cansado y sin comer y, sobre todo, porque no fue asistido por abogado defensor, exigencia que sería absoluta en todas las legislaciones comparadas.

Sobre este tópico, valga en primer término despejar el hecho que el solo transcurso de 8 horas no es un tiempo que resulte excesivo o que por sí solo permita considerar que se ha incurrido en una vulneración de derechos que afecte el juicio o el libre albedrío de un hombre adulto y joven. Fue convocado al cuartel cerca de las 13:00 ó 13:30 y la declaración ante el fiscal se habría prestado cerca de las 20:00, esto es, lo que puede extenderse una jornada laboral o incluso, escolar. Sobre la falta de descanso, valga el mismo razonamiento y en cuanto a la falta de alimentación, si bien no existe información alguna en el proceso, no se trata de un plazo tan extenso que pueda razonablemente inducir a prestar una declaración que no se desea realmente hacer.

Luego, sobre la presencia del abogado, existen declaraciones suficientes en el proceso que avalan el hecho que el imputado fue informado sobre el derecho que tenía a ser asistido por un abogado defensor y él decidió no contar con dicho profesional para declarar lo que deseaba informar a las autoridades respecti-

vas. Esta situación es posible, desde que no es obligatoria la presencia del profesional mencionado para que el imputado declare, sino tan sólo que se le asegure el acceso a ese derecho y ello se cumplió, al punto que el abogado llegó al lugar donde éste se encontraba y se entrevistó con aquél. Luego, es relevante destacar, tal como lo hicieron los jueces del fondo, que después de la entrevista con el abogado, el imputado perseveró en declarar y sólo después de la insistencia del profesional, optó por interrumpir su confesión.

Asimismo, en lo que respecta a las disposiciones de los artículos 160 y 164 del Código Procesal Penal, esgrimidas por la defensa, ocurre que la primera sólo establece una presunción de perjuicio en la que se alude al “pleno ejercicio de los derechos”, sin que pueda sostenerse que en el caso se verificó efectivamente una infracción de esa naturaleza; en tanto la segunda, sólo se remite a la anterior.

En consecuencia, no se han producido los defectos que aduce la defensa, o ellos no han tenido injerencia alguna en el resultado verificado.

Luego, en lo que atañe a la teoría de la proporcionalidad que también ha sido esgrimida en el fallo impugnado, ella no resulta oportuna así descrita para aceptar una prueba en que se ha cometido una vulneración de derechos fundamentales, porque si bien en el caso el defecto fue subsanado por una actuación posterior del mismo supuesto afectado, no es

propio enfrentar la intensidad del gravamen de una garantía constitucional con el bien jurídico protegido por un tipo penal determinado. Si bien la idea que subyace en la tolerancia de las teorías de excepción de la exclusión de prueba ilícita es el hecho que su ponderación aislada de la realidad concreta en que se encuentra inmersa la dinámica de funcionamiento de la investigación policial lleva a situaciones absurdas y desproporcionadas, motivos que tienen reconocimiento en la garantía que regla el artículo 19 N°26 de la Constitución Política de la República, no es en sí misma una regla de excepción, sino que contempla otros motivos adicionales.

SÉPTIMO: Que en lo que cabe a la causal deducida en forma subsidiaria, se ha reclamado en primer término que no existe descripción de la fuerza empleada por el acusado para cometer el delito de violación.

Tal denuncia de defecto será desestimada, desde que como se aprecia de la lectura del hecho que se ha tenido por comprobado, se tuvo por cierto que "...en un lugar solitario en que la víctima no pudiera pedir ayuda... y encontrándose la víctima en indefensión, dado el lugar donde se encontraba la víctima, procedió a accederla carnalmente vía vaginal y anal, causándole lesiones en genitales externos y zona anal...". Luego, si bien es cierto en tal presupuesto se describe la intimidación a través del traslado de la víctima a un lugar solitario, en el razonamiento trigésimo octavo se afirma que la violencia del acto quedó plasmada en la calidad de

las lesiones ocasionadas a la víctima, lo que resulta suficiente razonamiento para satisfacer las exigencias de la disposición legal en comento.

En segundo término, se reclama que no se valoró toda la prueba rendida en el proceso, lo que se habría producido porque dos peritos del Labocar dijeron no haber encontrado signos de lucha o defensa en la víctima. Sobre esta impugnación, ocurre que aquella no corresponde a una omisión de valoración probatoria propiamente tal, ya que el contenido de la declaración de los peritos fue analizado por los jueces del fondo, sin que la sola circunstancia de no haberse determinado si la víctima pudo o no oponer resistencia a la agresión defina una omisión de fundamentación en el fallo.

Luego, se aduce que se dieron por establecidos hechos, sin prueba y con ello se remite al hallazgo de una toalla higiénica con rastros de semen que no pudo ser periciada, pero respecto de la cual se presumió que tales eran del imputado. Lo cierto es que el delito de violación se tuvo por establecido con otros antecedentes, así como también lo fue la participación del imputado y donde la referencia al elemento de cargo que ahora se controvierte por la defensa, fue mencionado en el razonamiento trigésimo octavo, donde se analizó el uso de la fuerza para la comisión de ese delito, afirmando los jueces que "...a través de un proceso de inferencia a los antecedentes señalados precedentemente es posible concluir que lo más probable era que haya sido su semen", esto es, no hay en tal

argumento, un motivo de condena, ni se tuvo por cierto con él hecho alguno, sino que se dejó constancia de la negativa del acusado a colaborar con el esclarecimiento del origen de la muestra orgánica recolectada.

Por otra parte, en cuanto a los dichos de la perito legista, aquella explicó que las lesiones en los labios mayores de la víctima podían presentar color rojo violeta al primer día de ocurrida la agresión y verde o amarillo con dos o más días de evolución, en tanto ella encontró en la víctima el color rojo violeta, agregando luego que el proceso de putrefacción también tenía injerencia en el color, porque se liberaba hemoglobina, aclarando que una vez muerta la víctima no cambiaba la coloración de la contusión, porque no había evolución.

Esta afirmación de la perito no altera ni modifica la declaración que aparece transcrita en el fallo impugnado y que sirvió de base a los jueces del fondo para determinar los extremos del hecho que tuvieron por comprobado, sin que aparezca, por otra parte, como hecho del proceso, que la víctima permaneció o tuvo actividad sexual con otro sujeto el día anterior a la agresión de que fuera objeto, puesto que la cita que al efecto hace la defensa, se refiere sólo a la transcripción del dicho de un testigo y no a un hecho de la causa.

En el mismo sentido es posible razonar cuando se afirma que la decisión que se revisa atentó contra las máximas de la experiencia, porque como ya se dijo, el argumento de la defensa está apoyado en una declaración y

no en un hecho comprobado. A ello huelga agregar que la perito describió una agresión sexual, con determinadas lesiones consecuentes y no un acto sexual consentido, como habría sido el que refirió el testigo a que alude el recurrente.

Finalmente, no es cierto que los jueces no hayan señalado las razones por las cuales rechazaron parcialmente la declaración del acusado, puesto que ello se lee del párrafo segundo del motivo trigésimo séptimo de la sentencia en revisión, donde se confrontó lo aseverado por aquél con las circunstancias del hecho y la evidencia recogida.

Por las razones señaladas, en consecuencia, no será admitida la causal alegada en forma subsidiaria puesto que el fallo no adolece de las omisiones que se le han atribuido.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373, 374 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Ricardo Alexis Arévalo Vidal, contra la sentencia de veintidós de octubre de dos mil trece, cuya copia corre agregada a fs. 1 y siguientes de este legajo y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1200960074-2 y RIT 119-2013, los que en consecuencia, **no son nulos**.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Splte. Sr. Juan Escobar Zepeda.

Rol N°11.482-13

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Lamberto Cisternas R., Juan Escobar Z., y el abogado integrante Sr. Ricardo Peralta V. No firma el Ministro Sr. Juica, no obstante haber estado en la vista de la causa

y acuerdo del fallo, por estar con feriado.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a treinta y uno de diciembre de dos mil trece, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RECHAZADO. ARTÍCULO 389 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Tribunal: Tribunal Constitucional

Resumen:

No forma parte de la competencia del Tribunal Constitucional juzgar las actuaciones judiciales que están en la base de la gestión pendiente, ni mucho menos actuar como tribunal de casación ni de apelación. Tampoco le corresponde calificar jurídicamente los hechos punibles que conforman la causa de fondo, ni fijar criterios para su interpretación o tipificación penal.

La supletoriedad establecida en el artículo 389 del Código Procesal Penal constituye una remisión normativa admisible desde el punto de vista constitucional, que ejerce una función interpretativa en los casos de ausencia parcial de norma aplicable y una función de integración cuando se está frente a una ausencia total o insuficiencia sustancia.

Respecto al derecho al debido proceso, la Constitución no clausura su contenido, por lo tanto, no existe un único modelo iusfundamental correcto que lo garantice.

El principio de congruencia puede definirse como aquel elemento del debido proceso que obliga al juez a dictar una sentencia coherente con la investigación penal, pudiendo fallar sólo respecto de los hechos y las personas materia de la acusación fiscal, asegurando de esta forma una investigación penal racional y justa, así como una adecuada defensa jurídica.

El procedimiento simplificado se inicia con el requerimiento del Ministerio Público y, por tanto, el principio de congruencia tendrá aplicación entre el requerimiento y la sentencia, lo que puede ser examinado por el tribunal de alzada en el conocimiento del recurso de nulidad que se pudiere interponer en contra de la sentencia definitiva dictada por el juez de garantía.

El precepto legal impugnado no afecta el derecho constitucional al debido proceso en el caso concreto, por cuanto el requirente aún tiene suficiente tiempo y etapas procesales para preparar su defensa en un juicio que recién comienza, considerando además que en la audiencia de juicio simplificado puede presentar pruebas, argumentar su teoría del caso e impugnar a través de los mecanismos pertinentes una sentencia desfavorable.

Texto Completo:

Santiago, veintidós de octubre de dos mil trece.

VISTOS:

Con fecha 25 de septiembre del año 2012, los abogados GONZALO CRUZ SÁNCHEZ y RODRIGO LUNA GONZÁLEZ, en representación de D.A.S.L., dedujeron un requerimiento a fin de que esta Magistratura Constitucional declare la inaplicabilidad de las expresiones “...en cuanto se adecúen a su brevedad y simpleza”, contenidas en la parte final del artículo 389 del Código Procesal Penal, disposición referida a las normas supletorias aplicables en el procedimiento simplificado, estimando los requirentes que las expresiones objetadas resultan contrarias a lo dispuesto en el artículo 19, numeral 3°, inciso sexto, de la Constitución Política, así como al artículo 14, numeral 3°, letra a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al artículo 8°, numeral 2°, letras b) y c), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

El texto íntegro del precepto legal impugnado dispone:

“Artículo 389. Normas supletorias. El procedimiento simplificado se regirá por las normas de este Título y, en lo que éste no proveyere, supletoriamente por las del Libro Segundo de este Código, en cuanto se adecúen a su brevedad y simpleza.”

La gestión pendiente invocada consiste en el procedimiento simplificado que se sigue ante el Juzgado de Garantía de Colina contra el requirente y otros imputados, por los delitos de cohecho y de otorgamiento indebido de patente de alcoholes, RIT 2676-2012.

A la fecha de presentación del requerimiento la gestión se encontraba con audiencia de preparación de juicio oral simplificado terminada, con el auto de apertura de juicio notificado y con fecha de audiencia fijada para el día 22 de octubre del mismo año 2012, siendo suspendido el procedimiento por resolución de este Tribunal de fecha 10 de octubre de ese año, que rola a fojas 49 y siguientes.

En cuanto a los antecedentes de la gestión pendiente, señala el requerimiento que con fecha 28 de abril del año 2010 el Ministerio Público formalizó la investigación que, en lo tocante al requirente, consistió en la participación en calidad de autor en dos delitos de cohecho presuntamente cometidos en agosto del año 2005 y en enero del año 2006, calificados de acuerdo al artículo 248 del Código Penal y en grado de consumados.

Agrega que, con fecha 2 de agosto del año 2010, el Ministerio Público reformalizó a los imputados y específicamente al requirente le formuló cargos por dos delitos de cohecho, previstos y sancionados en el artículo 248 bis, inciso primero, del Código Penal (antes de la modificación de la Ley N°20.341, de 22 de

abril de 2009). El primero acaecido en agosto del año 2005 y ratificado por carta en enero del año 2006 y el segundo, verificado en enero del año 2006, ambos en grado de consumados y en que les habría cabido participación en calidad de autores.

Indica que, con fecha 11 de noviembre del año 2011, tras el cierre de la investigación, el Ministerio Público presentó requerimiento en procedimiento simplificado, advirtiéndose una radical modificación en los hechos a partir de la reformalización, lo que dejó de manifiesto una grosera incongruencia.

Expone los hechos contenidos en la reformalización y en el requerimiento y señala que en la audiencia de preparación de juicio oral se planteó como incidencia la existencia de un vicio formal, consistente en la evidente incongruencia entre los hechos de la reformalización y los del requerimiento. Ello derivó en que la jueza ordenara al Ministerio Público modificar su requerimiento para ajustarlo a los términos fácticos de la formalización, situación a la cual se allanó inicialmente el Ministerio Público. Sin embargo, luego de un receso solicitado con tal objeto, este organismo se negó a modificar los hechos respecto del imputado –requerente de autos–, aduciendo que el artículo 390 del Código Procesal Penal lo facultaba para actuar del modo que mejor le pareciera.

En cuanto a la inconstitucionalidad alegada, sostiene que la falta de congruencia denunciada en la gestión pendiente constituye infracción a lo

previsto en el inciso final del artículo 259 del referido cuerpo legal, que dispone que la acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.

Agrega el requirente que los artículos 389 y 395 bis del Código Procesal Penal establecen la aplicación de la normativa del juicio ordinario al simplificado y que la interpretación de la norma que hizo el Tribunal que conoció de la preparación de juicio oral simplificado, recurriendo a la fórmula de la brevedad y simpleza, permitió al órgano persecutor formular cargos hasta el último momento, sin atenerse estrictamente a las actuaciones previas. Con ello vulneró garantías fundamentales de todo imputado en un proceso penal, en lo relativo al debido proceso y al derecho a defensa.

Sostiene que las garantías del proceso penal no pueden restringirse o mermarse por consideraciones de tipo funcional o de orden económico, como la supuesta brevedad o simpleza del procedimiento. Máxime si su aplicación tiene la potencialidad de afectar la libertad personal de un ciudadano, ya que el contenido mínimo de la garantía lo fija el propio procedimiento ordinario del Código Procesal Penal, que no puede ser restringido en este ámbito, sobre todo considerando que la investigación y el proceso han tardado más de 4 años.

Termina sosteniendo sobre el punto que no es aceptable que el Tribunal

subsidaie una actuación defectuosa del Ministerio Público basándose en una norma abiertamente inconstitucional.

En cuanto a la infracción al derecho a un procedimiento y a una investigación racionales y justos, señala que para que el proceso se califique de legalmente tramitado, el imputado tiene que tener derecho a una imputación congruente en todas sus fases, que no contenga extemporáneas sorpresas sobre el contenido de la misma por parte del ente persecutor, de modo de poder preparar adecuadamente la defensa.

En lo tocante a la infracción a la letra a) del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala que este precepto consagra el derecho de toda persona acusada de un delito a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra. Todo lo anterior no puede ser ocultado hasta el momento final del juicio, so pretexto de cambiar la formalización inicial de cargos.

Señala que las normas más explícitas y formalmente infringidas son las letras b) y c) del artículo 8°, numeral 2°, de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consagran como derechos de toda persona inculpada de un delito: a) la comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; y b) la concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

Termina señalando que la aplicación concreta que se pretende del precepto legal supone una interpretación que deviene en el establecimiento de una facultad omnímoda para el órgano persecutor, al permitirle con ello formular cargos hasta el último momento, con prescindencia de las actuaciones previas y con desprecio de las garantías antes mencionadas, especialmente la de conocer con la debida antelación los cargos a los cuales deberá enfrentarse el imputado en la etapa de juzgamiento, los que deberán ser los mismos que enfrentó en la etapa de investigación.

Pide que se acoja a tramitación el requerimiento y, en definitiva, se declare inaplicable en la gestión pendiente el precepto impugnado, ordenando al Ministerio Público, antes de ser conocida la solicitud de sobreseimiento definitivo formulada y antes de ser sometido a juicio el requirente, que ajuste los términos de su acusación (requerimiento) a la formalización de la investigación vigente en dicho procedimiento. Todo ello a fin de que dicha solicitud de sobreseimiento y el juzgamiento se ajusten a las normas constitucionales, a los tratados internacionales y a las normas legales aplicables en la especie, con pleno respeto a las garantías cuya infracción pueda concretarse, al aplicar el precepto legal previsto en la parte final del artículo 389 del Código Procesal Penal.

Por resolución de fecha 10 de octubre de 2012, escrita a fojas 49 y siguientes, se admitió a trámite el requerimiento y se decretó la suspensión del

procedimiento de la gestión en que incide; luego, por resolución de fecha 6 de noviembre de 2012, escrita a fojas 95 y siguientes, se lo declaró admisible, con el voto en contra del Ministro señor Hernández.

Por resolución de fecha 12 de diciembre del año 2012, escrita a fojas 107 y siguientes, se dio traslado a los órganos constitucionales interesados y a las otras partes de la gestión pendiente, por veinte días, para formular sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaran pertinentes.

Mediante presentación de fecha 31 de diciembre del año 2012, agregada a fojas 119 y siguientes de autos, el Consejo de Defensa del Estado evacuó el traslado conferido, formulando sus observaciones, en las que solicitó el rechazo del requerimiento, por configurarse en la especie las causales de inadmisibilidad contempladas en los numerales 5° y 6° del artículo 84 de la ley orgánica constitucional de esta Magistratura, esto es, por no ser decisivo el precepto impugnado en la resolución del asunto y por carecer de fundamento plausible.

En cuanto a la primera causal invocada, estima que el precepto no es decisivo, por cuanto las normas efectivamente decisoria litis son: a) el artículo 248 bis, inciso primero, del Código Penal, que contempla el tipo penal de cohecho agravado del funcionario público; b) el artículo 390, incisos primero y segundo, del Código Procesal Penal y c) los artículos 396 y 340 del mismo

cuerpo legal, que, indica, fueron omitidas convenientemente a los intereses del requirente.

En relación con la primera de las normas omitidas, sostiene que la acción típica de cohecho prevista en el artículo 248 bis del Código Penal exige que el empleado público solicite o acepte recibir un beneficio económico para sí o un tercero, para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, lo que implica que es un delito de mera actividad y no de resultado, con lo que la conducta referida en el requerimiento resulta subsumible en la figura agravada de cohecho prevista en este artículo, no mencionada en el requerimiento.

En cuanto al segundo precepto omitido, el artículo 390, inciso primero, parte final, del Código Procesal Penal, relativo a la procedencia del requerimiento en un proceso penal simplificado, sostiene que es plenamente lógico, racional y ajustado a derecho que el requerimiento se presente en un proceso penal aunque exista formalización o reformatización, las que para todos los efectos legales deben quedar sin efecto, ya que el requerimiento sustituye el procedimiento ordinario por uno especial —el simplificado—, que se tramita conforme las reglas de los artículos 388 y siguientes del Código Procesal Penal, ya que resulta incompatible la continuación del proceso penal con dos procedimientos. Esta conclusión, señala, resulta evidente; para el requirente,

sin embargo, convenientemente a “su plan”, la paradoja resulta necesaria y útil, no obstante carecer de asidero jurídico que la sustente.

Finalmente, respecto de los artículos 396 y 340, ambos del Código Procesal Penal, señala que también son normas decisoria litis no mencionadas por el requirente, toda vez que lisa y llanamente destruyen su pretensión, pues regulan la resolución del conflicto jurídico penal que la judicatura competente debe resolver.

Concluye que es evidente que mediante la omisión en el requerimiento de las normas decisoria litis antes mencionadas, se pretende dar fundamento lógico y sustento a la inaplicabilidad solicitada y artificiosamente dar un tinte de norma decisoria litis a un precepto que simplemente regula la aplicación supletoria de ciertas normas del proceso oral en lo penal ordinario. Esta supletoriedad no hace sino mantener la coherencia del sistema jurídico penal, evitando las lagunas jurídicas y garantizando además los derechos del imputado.

En lo tocante a la segunda causal invocada, sostiene que el requerimiento carece de fundamento plausible por cuanto no señala precisamente cómo el precepto sería contrario al artículo 19, numeral 3°, inciso sexto, de la Constitución, ni al artículo 14, numeral 3, letra a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al artículo 8°, numeral 2, letras b) y c), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, bastando contrastar las

mencionadas normas para percatarse de que tal contradicción no existe.

Finalmente sostiene que el requerimiento pretende limitar la supuesta inconstitucionalidad del precepto impugnado a sus efectos, es decir, a la aplicación que realice su intérprete, cual es un juez de la República, apreciando que lo que se pretende es impugnar la decisión adoptada por el Juzgado de Garantía de Colina.

El Ministerio Público, por su parte, mediante presentación de fecha 3 de enero de 2013, que rola a fojas 134 y siguientes, formuló sus observaciones, solicitando el rechazo del requerimiento en todas sus partes por las razones que expone.

En primer término sostiene que el procedimiento simplificado es un procedimiento especial que se caracteriza por su brevedad y simpleza, atendido que está diseñado para el juzgamiento de figuras típicas de menor envergadura.

Sostiene que el legislador entregó al juez de garantía la facultad de determinar qué normas del procedimiento ordinario se podrían aplicar supletoriamente, fijando para ello ciertos límites: siempre que sean compatibles con el carácter breve y simple del procedimiento simplificado, lo que conlleva una tarea eminentemente exegética. Por lo tanto, el cuestionamiento, más que de constitucionalidad, dice relación con la forma en que el juez de garantía ha interpretado y aplicado dicha norma al pronunciarse sobre las alegaciones de los defensores del requirente acerca de la supuesta falta de

congruencia, pretendiendo que este Excmo. Tribunal entre a revisarlo, lo que necesariamente debe llevar al rechazo del requerimiento.

Agrega que la parte que se siente afectada tiene la posibilidad de plantear sus reclamos por la vía del recurso de nulidad, si estima que se pudo haber infringido de alguna manera la garantía de un debido proceso por alguna decisión judicial determinada, como ocurrió, por ejemplo, en el caso que cita, Rol N°4.805-2009, fallado por la Corte Suprema con fecha 29 de septiembre de 2009.

En suma, sostiene que el presente requerimiento debe ser rechazado porque se construye sobre el alcance que debe tener el precepto impugnado y por cuanto lo que el requirente pretende con la declaración de inaplicabilidad es la aplicación de determinadas normas del Código Procesal Penal en la forma que él entiende que deben ser aplicadas al procedimiento simplificado, dejando en evidencia que su pretensión escapa a la esencia de un requerimiento de inaplicabilidad. Asimismo, conforme lo ha declarado reiteradamente este Tribunal, acoger la inaplicabilidad posee un efecto exclusivamente negativo, no teniendo competencia para determinar la norma aplicable al caso particular, cuestión que es de resorte exclusivo de los jueces del fondo (STC N°2034, de 5 de julio de 2012).

Mediante presentación de fecha 5 de enero de 2013, agregada a fojas 143 y siguientes, el abogado Matías Bal-

maceda Mahns, en representación de M.O.R., formuló sus observaciones y solicitó se acogiera el presente requerimiento, por vulnerar las normas constitucionales y los tratados internacionales que se señalaron como infringidos por el requirente. A su juicio, la aplicación del precepto impugnado impidió, tanto al requirente como a su parte, conocer de la acusación que pesa en su contra, puesto que los hechos son distintos de los señalados en la formalización. Transcribe los hechos y concluye que en la formalización se imputa haber actuado solo y en el requerimiento, haber actuado conjuntamente.

Cita a la profesora María Inés Horvitz, quien indica que la limitación de las expresiones impugnadas “... *no debiera significar la afectación del núcleo esencial de garantías del imputado, especialmente cuando quepa la aplicación de penas privativas de libertad*” (Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, 1a. edición, pág. 502) y señala que en la especie se infringe el derecho a defensa, que exige conocer de manera anticipada los cargos que son materia de la investigación, y que el requerimiento que hace las veces de acusación debe cumplir con el estándar que le impone la ley a ésta, es decir, debe cumplir con el principio de congruencia, tal como lo señala el artículo 259 del Código Procesal Penal.

Con fecha 30 de enero de 2013 se dictó el decreto que ordenó traer los autos en relación y se dispuso agregar la causa al Rol de Asuntos en Estado de Tabla. Posteriormente, con fecha 4 de junio del año en

curso se verificó la vista de la causa, alegando, luego de escuchar relación, el abogado Gonzalo Cruz Sánchez, por la parte requirente; por el Ministerio Público, el abogado Pablo Campos Muñoz y, por el Consejo de Defensa del Estado, el abogado Rolando Melo Silva.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

1. EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL SOMETIDO A RESOLUCIÓN DE ESTA MAGISTRATURA.

PRIMERO: Que el artículo 93, inciso primero, N°6°, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;*”;

SEGUNDO: Que, en el caso de autos, se solicita la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de las expresiones “...*en cuanto se adecúen a su brevedad y simpleza*”, contenidas en la parte final del artículo 389 del Código Procesal Penal, el cual sería aplicable en el procedimiento simplificado que se sigue ante el Juzgado de Garantía de Colina contra el requirente y otros imputados, por los delitos de cohecho y de otorgamiento indebido de patente de alcoholes, RIT 2676-2012;

TERCERO: Que el requirente sostiene que la aplicación del precepto legal aludido vulnera la Constitu-

ción, pues la interpretación judicial de la “brevedad y simpleza” del procedimiento simplificado infringe el debido proceso, asegurado en el inciso sexto del artículo 19, N°3°, de la Constitución, especialmente en cuanto al derecho a defensa. Además, también vulneraría la letra a) del artículo 14 N°3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y las letras b) y c) del artículo 8 N°2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ambos referidos al derecho de toda persona a la comunicación previa de los hechos que se le imputan con la debida antelación para preparar su defensa;

2. CUESTIONES SOBRE LAS CUALES NO SE PRONUNCIARÁ ESTA SENTENCIA.

CUARTO: Que este Tribunal sólo se referirá al precepto legal impugnado por el requirente y su correspondencia o no con el texto constitucional, sin efectuar consideraciones sobre la interpretación que el juez de fondo ha hecho en la causa. No forma parte de nuestra competencia juzgar las actuaciones judiciales que están en la base de la gestión pendiente, ni mucho menos actuar como tribunal casatorio ni de apelación de sentencias;

QUINTO: Tampoco le corresponde a esta Magistratura calificar jurídicamente los hechos punibles que conforman la causa de fondo, ni fijar criterios para su interpretación o tipificación penal;

3. CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

SEXTO: Para la resolución del presente caso se utilizarán tres criterios interpretativos: la constitucionalidad de las normas supletorias, la relación entre principio de congruencia y debido proceso, y la aplicación del procedimiento simplificado;

3.1. Constitucionalidad de las normas supletorias.

SÉPTIMO: Que, en el presente requerimiento, la norma impugnada establece una regla de supletoriedad dirigida al juez con el objeto de salvar lagunas jurídicas. En este sentido, el legislador prevé la aplicación de normas del proceso penal ordinario durante la tramitación del procedimiento simplificado, lo que permite al tribunal cumplir su deber constitucional de conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado, toda vez que, reclamada legalmente su intervención, no puede excusarse de ejercer tal autoridad, “*ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión*” (inciso segundo del artículo 76 de la Constitución);

OCTAVO: Que la supletoriedad establecida por la norma impugnada constituye una remisión normativa admisible desde el punto de vista constitucional, que ejerce una función interpretativa en los casos de ausencia parcial de norma aplicable y una función de integración cuando se está frente a una ausencia total o insuficiencia sustancial (Orellana, Luis (2000): “La supletoriedad de

las leyes”. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 27, N°4, p. 809);

NOVENO: Que la remisión normativa antes descrita prescribe al juez dotar al procedimiento simplificado de reglas más densas de debido proceso, en cuanto sean adecuadas a su brevedad y simpleza. Esta limitación, impugnada en autos, “*(...) pareciera referirse básicamente a las etapas del procedimiento ordinario previas al juicio oral, porque todas las actuaciones previstas por la ley durante su desarrollo aseguran garantías fundamentales del debido proceso*” (Horvitz, María, y López, Julián (2005): *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 503). En estas circunstancias, el estándar que obliga al juez penal es el debido proceso, el cual permite el desarrollo de todas las garantías esenciales, racionales y justas que contribuyan a un procedimiento equitativo y no arbitrario;

3.2. Relación entre principio de congruencia y debido proceso.

DÉCIMO: Que esta Magistratura ha fallado en repetidas ocasiones sobre el contenido y alcance de este derecho, señalando, por ejemplo, que “*el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso. Con ello se establece la necesidad de un juez imparcial, con normas que eviten la indefensión, que exista una resolución de fondo, motivada y pública, susceptible de revisión por un tribunal supe-*

rior y generadora de la intangibilidad necesaria que garantice la seguridad y certeza jurídica propias del Estado de Derecho” (STC Rol N°1838, de 7 de julio de 2011);

DECIMOPRIMERO: Que respecto al derecho al debido proceso, la Constitución no clausura su contenido; por lo tanto, no existe un único modelo iusfundamental correcto que lo garantice. En este sentido, la Comisión de Estudios *“estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador” (STC Rol N°1518, de 21 de octubre 2010; STC Rol N°481, de 4 de julio de 2006);*

DECIMOSEGUNDO: Que un aspecto del debido proceso y una manifestación del principio acusatorio es el deber de correlación o congruencia, el cual vincula al juez y su potestad de resolver, prescribiendo *“(...) que no se puede dictar sentencia ni por hechos distintos de los incluidos en la acusación ni respecto de persona distinta de la acusada” (Del Río, Carlos (2009): Los poderes de decisión del Juez Penal. Principio Acusatorio y determinadas Garantías Procesales.*

Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 93);

DECIMOTERCERO: Conforme a lo anterior, el principio de congruencia puede definirse como aquel elemento del debido proceso que obliga al juez a dictar una sentencia coherente con la investigación penal, pudiendo fallar sólo respecto de los hechos y las personas materia de la acusación fiscal, asegurando de esta forma una investigación penal racional y justa, así como una adecuada defensa jurídica;

DECIMOCUARTO: Que, en el mismo sentido, el inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal indica que *“[l]a acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.”* De esta forma, el principio de congruencia también se extiende, con menor intensidad, a etapas previas del juzgamiento, vinculando la acusación fiscal con la formalización, de manera de establecer progresivamente la *“(...) precisión y depuración del objeto del proceso y de la garantía procesal de la defensa (...)” (Del Río, Carlos (2009): Los poderes de decisión del Juez Penal. Principio Acusatorio y determinadas Garantías Procesales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 96);*

DECIMOQUINTO: Que esta Magistratura ya ha considerado que el precepto legal citado *“tiene por objeto consagrar un principio nodal del nuevo sistema de procedimiento penal, cual es el denominado de congruencia,*

en cuya virtud el imputado sólo podrá ser acusado por los hechos que se le hubieren atribuido en la previa formalización de la investigación, con lo cual se satisface una medular garantía del enjuiciamiento para el inculpado, toda vez que se evita, de ese modo, que éste pueda ser sorprendido con imputaciones respecto de las cuales no ha podido preparar probanzas de descargo ni ejercer a cabalidad sus posibilidades de defensa” (STC Rol N°1542, de 31 de agosto de 2010);

3.3. Aplicación del procedimiento simplificado.

DECIMOSEXTO: Que el procedimiento simplificado establecido en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal se aplica para el conocimiento y fallo de las faltas y respecto de los hechos constitutivos de simple delito para los cuales el Ministerio Público requiere la imposición de una pena no superior a presidio o reclusión menores en su grado mínimo;

DECIMOSÉPTIMO: Que la instauración de este procedimiento es una innovación introducida por la Reforma Procesal Penal con el objeto de solucionar uno de los mayores obstáculos para el éxito de la justicia criminal, cual es *“el manejo de volúmenes muy grandes de casos, cuyos requerimientos suelen exceder con mucho las posibilidades de respuesta de los órganos del sistema con sus siempre limitados recursos.”* (Historia de la Ley N°19.969, p. 23);

DECIMOCTAVO: Que, en este orden de ideas, el procedimiento simplificado busca que *“por la vía*

de acuerdos (...) se supriman etapas del curso ordinario del procedimiento de modo que se permita alcanzar una solución rápida del caso por medio de una sentencia definitiva, siempre que ello resulte posible sin vulnerar los valores que el sistema busca proteger.” (Historia de la Ley N°19.969, p. 23);

DECIMONOVENO: Que la aplicación del procedimiento simplificado implica varias opciones de tramitación y resolución, dependiendo de la admisión de responsabilidad del imputado, de la naturaleza del ilícito penal y de la pena requerida por el Ministerio Público. De este modo, si en el juzgamiento de faltas el fiscal pide sólo la imposición de una multa, se aplicará el procedimiento monitorio; si el imputado admite responsabilidad en los hechos, procede su resolución inmediata; si no admite responsabilidad, se prepara y realiza una audiencia de juicio simplificado. En todas estas modalidades, el procedimiento se inicia con la formulación de un requerimiento por parte del Ministerio Público, a través del cual se pone en conocimiento del imputado el hecho punible que se le atribuye, de manera análoga a la acusación que se formula en el procedimiento ordinario;

VIGÉSIMO: Que la oportunidad procesal para que se formule este requerimiento se extiende hasta la deducción de la acusación, y en tal caso *“el fiscal podrá dejar sin efecto la formalización de la investigación que ya hubiere realizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 230, y proceder conforme a las reglas de este Título.”*

(Artículo 390 del Código Procesal Penal);

VIGESIMOPRIMERO: En consecuencia, con la formulación del requerimiento la formalización queda sin efecto, terminando completamente el procedimiento ordinario e iniciándose un nuevo procedimiento. Con la aplicación del procedimiento simplificado, regido por los artículos 388 y siguientes del Código Procesal Penal, deja de existir el procedimiento ordinario anterior, ya que resulta inconcebible la continuación del proceso con la aplicación de dos procedimientos distintos;

VIGESIMOSEGUNDO: Que, en consideración a lo ya expuesto, el procedimiento simplificado se inicia con el requerimiento del Ministerio Público y, por tanto, el principio de congruencia tendrá aplicación entre el requerimiento y la sentencia, lo que puede ser examinado por el tribunal de alzada en el conocimiento del recurso de nulidad que se pudiere interponer en contra de la sentencia definitiva dictada por el juez de garantía;

4. APLICACIÓN EN EL CASO CONCRETO.

VIGESIMOTERCERO: Que el requirente busca, a través de la presente impugnación, refutar una resolución judicial, que consistió en la interpretación del precepto legal impugnado en contra de los intereses hechos valer por la parte en la respectiva audiencia. En este sentido, la interpretación de la norma aludida es una facultad pri-

vativa del juez de instancia, que no es procedente impugnar a través de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad;

VIGESIMOCUARTO: Que, en virtud del artículo 76 de la Constitución, el juez está compelido a actuar y por ende, ante la ausencia de norma, puede y debe utilizar distintos criterios para resolver, algunos de los cuales contempla la misma ley, como en el caso de autos. En este sentido, el requerimiento pretende contradecir el mandato constitucional de inexcusabilidad de los jueces en la resolución de los asuntos sometidos a su competencia;

VIGESIMOQUINTO: Que el precepto legal impugnado establece la supletoriedad de las normas que regulan el procedimiento penal ordinario, en cuanto se adecúen a la brevedad y simpleza del procedimiento simplificado. Sin embargo, hasta el momento no hay supletoriedad sino una cabal aplicación del artículo 390 del Código Procesal Penal, que permite al Ministerio Público formular requerimiento hasta la deducción de la acusación, dejando sin efecto la formalización de la investigación realizada con anterioridad;

VIGESIMOSEXTO: Que el precepto legal impugnado no afecta el derecho constitucional al debido proceso en el caso concreto, por cuanto el requirente aún tiene suficiente tiempo y etapas procesales para preparar su defensa en un juicio que recién comienza. Considerando además que en la futura celebración de la audiencia de juicio simplificado

puede presentar pruebas, argumentar su teoría del caso e impugnar a través de los mecanismos pertinentes una sentencia desfavorable;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que respecto a una posible infracción del principio de congruencia –en cuanto integrante del debido proceso penal–, ésta no puede verificarse si aún está pendiente la etapa procesal de fallo. Sólo con la dictación de la sentencia podremos determinar si ésta es o no congruente con el requerimiento fiscal, de modo que hasta el momento no existe una vulneración de este principio y, por tanto, tampoco se infringe el derecho fundamental asegurado en el inciso sexto del artículo 19 N°3° constitucional;

VIGESIMOCTAVO: Que, por las consideraciones expuestas, procede rechazar la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentada.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en las normas constitucionales y legales aludidas,

SE RESUELVE:

Que, por unanimidad, se rechaza el requerimiento interpuesto a fojas uno.

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 49

y siguientes. Oficiese al efecto al Juzgado de Garantía de Colina.

No se condena en costas al requirente, por estimarse que tuvo motivo plausible para deducir su acción.

El **Ministro señor Juan José Romero Guzmán** previene que concurre al fallo, con excepción de lo dispuesto en el considerando vigesimosexto.

Redactó la sentencia el Ministro señor Gonzalo García Pino y la prevención, su autor.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N°2314-12-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres y por sus Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

DIVISIÓN DE ATENCIÓN
A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS EN CHILE

Carmen Ximena Barra Jofré¹

Introducción

La Reforma Procesal Penal implementada en nuestro país hace catorce años trajo aparejada una profunda transformación en la forma de hacer justicia en el ámbito penal. El cambio de paradigma en la persecución criminal; la evolución de un sistema inquisitivo a uno acusatorio; el surgimiento de nuevas instituciones y de roles, han generado una dinámica de constantes desafíos encaminados a plasmar la eficiencia, transparencia y cercanía de la justicia penal a que la sociedad aspiraba.

Al cabo de poco más de todos estos años, tenemos instalado un sistema de persecución penal acorde a un Estado moderno, que contempla un proceso adversarial, oral y público; sistemas de resolución alternativos, reconocidos y formales; un sistema profesionalizado de defensa penal, y un modelo de atención y protección a víctimas y testigos. Este último componente del sistema de justicia penal actual es el que nos convoca a escribir este artículo, a través del cual pretendemos efectuar una sintética reseña de su evolución.

Antecedentes del sistema de protección chileno

El procedimiento penal antiguo, esto es, el anterior a Reforma, no contemplaba un sistema que brindara atención y protección a las víctimas y testigos que participaban en éste. Más aún, las disposiciones aisladas del Código de Procedimiento Penal que daban cuenta de la preocupación del legislador de otorgar mínimas cautelas a los “perjudicados” por el delito, así como a los testigos del mismo, fueron introducidas en su gran mayoría sólo en los últimos años anteriores a la cesación de su vigencia, como se expondrá a continuación.

En efecto, su artículo 6°, en su versión aprobada por Decreto N°733, de 23 de julio de 1996 del Ministerio de Justicia, señalaba lo siguiente “*Cualquiera que sea el tribunal llamado a conocer de un juicio criminal, los jueces letrados con competencia penal y los demás jueces que tengan esta competencia, aunque sólo sea respecto de delitos menores, faltas o contravenciones, están obligados a practicar las primeras diligencias de instrucción del sumario con respecto a los delitos cometidos*”

1 Abogada, Jefa de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Regional del Biobío, Ministerio Público.

en el territorio de su jurisdicción, sin perjuicio de dar inmediato aviso al tribunal a quien por ley corresponda el conocimiento de la causa”.

Por su parte, el artículo 7°, rezaba: **“Considérense como primeras diligencias: dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación de los delincuentes, decretar el arraigo de los inculcados cuando proceda y detenerlos en su caso, procediendo a la detención con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 2° y 5° del Título IV, Primera Parte, del Libro Segundo.** El Inciso segundo agregaba: *“Para estos efectos, el juez de prevención dispondrá la atención prioritaria del ofendido por los servicios públicos pertinentes, decretará su resguardo policial o el de los testigos, interrogará a estos últimos y a los inculcados, y practicará los careos y reconocimientos que fueren necesarios”.*

La anterior es la única disposición de dicho Código que podríamos asimilar a una norma de protección a la víctima del delito, entendiendo que el concepto de víctima está contemplado en el vocablo “perjudicado”. Debemos agregar que, tratándose de víctimas menores de edad, y en relación con delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública, el artículo 8° del referido Código expresaba **“...Los jueces del crimen de uno de los delitos tipificados en los artículos 346 a 372 del Código Penal, en que sea víctima un menor de edad, deberán poner el hecho en conocimiento del juez de menores competente, a fin de que éste pueda dictar, si procediere, alguna medida de protección en su favor”.** Este inciso fue agregado por el Art.1 de la Ley 19.304 de 29 de Abril de 1994, lo que da cuenta de que las normas de protección fueron incorporadas mayoritariamente en una época relativamente cercana al inicio de la Reforma Procesal Penal, en términos temporales, no formando parte de las disposiciones primitivas de un cuerpo legal que alcanzaba más de un siglo de antigüedad.

En el caso de los **testigos**, era el artículo 189 el que aludía a la protección de los mismos, tanto de manera genérica, como también específicamente en relación a la **reserva de identidad**. Al efecto, la citada disposición señalaba: **“... Todo testigo consignado en el parte policial, o que se presente voluntariamente a Carabineros de Chile, a la Policía de Investigaciones, o al tribunal, podrá requerir de éstos la reserva de su identidad respecto de terceros.**

Las autoridades referidas deberán dar a conocer este derecho al testigo y dejar constancia escrita de su decisión, quedando de inmediato afectas a la prohibición que se establece en el inciso siguiente.

Si el testigo hiciera uso de este derecho, queda prohibida la divulgación, en cualquier forma, de su identidad o de antecedentes que conduzcan a ella. El tribunal deberá decretar esta prohibición. La infracción a esta norma será sancionada con la pena que establece el inciso segundo del Artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, tratándose de quien proporcione la información. En caso que la información sea

difundida por algún medio de comunicación social, su director será castigado con una multa de diez a cincuenta ingresos mínimos mensuales.

Esta prohibición regirá hasta el término del secreto del sumario.

Sin perjuicio de lo anterior, el juez, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicite. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal disponga y podrán ser renovadas cuantas veces fueren necesarias.

Cabe hacer presente que esta norma de protección a los testigos fue incorporada al Código en el año 1991, en virtud de la Ley 19.077. Llama la atención la explícita referencia a la responsabilidad de los medios de comunicación, la cual se repite en la actual legislación.

Por su parte, el artículo 220 contemplaba, como derecho del testigo, el pago de una especie de indemnización por lucro cesante, que a la época de dicha disposición era de cargo de la parte que lo presentaba, y que hoy la ley regula como una obligación del Ministerio Público, tratándose de testigos presentados por éste.

A partir de la Reforma Procesal Penal, cambia radicalmente el estatus de la víctima en el proceso penal, transformándose en interviniente y en un claro sujeto de derechos. Por su parte, los testigos también ven mejorada su condición, al establecerse la obligación constitucional y legal de brindarles, al igual que a las víctimas, atención y protección. Es así como la Constitución Política de la República, en su artículo 83, entrega al Ministerio Público el mandato de brindar protección a las víctimas y testigos.

Consecuente con el mandato constitucional, la Ley 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público señala en su artículo 1° que: ***“El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. No podrá ejercer funciones jurisdiccionales”.***

Luego, en sus artículos 20 y 34 crea dentro de las Unidades Administrativas, tanto a nivel de la fiscalía nacional como de las fiscalías regionales, la ***División de Atención a las Víctimas y Testigos, y las Unidades de Atención a las Víctimas y Testigos***, respectivamente, a las que les encomienda el cumplimiento de las tareas que, en relación a la atención y protección de víctimas y testigos asigna la legislación procesal penal al Ministerio Público.

Tratándose precisamente de la legislación procesal aludida, podemos señalar que el artículo 6° del actual Código Procesal Penal prescribe, en relación a la

Protección de la Víctima que: “El Ministerio Público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su parte, el tribunal garantizará conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento.

El fiscal deberá promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima. Este deber no importará el ejercicio de las acciones civiles que pudieren corresponderle a la víctima.

Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de víctima, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir”.

Así también, el artículo 12 del Código Procesal Penal refleja explícitamente ese cambio de estatus jurídico de la víctima al que aludíamos anteriormente, al considerarla **interviniente** desde que realice cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas.

Continuando con esta reseña normativa, debemos mencionar lo dispuesto en el artículo 78 del Código Procesal Penal, el que, refiriéndose a la **Información y Protección a las Víctimas**, ordena que: “Será deber de los fiscales durante todo el procedimiento adoptar medidas, o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; facilitar su intervención en el mismo y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieran intervenir.

Los fiscales estarán obligados a realizar, entre otras, las siguientes actividades a favor de la víctima:

- a) *Entregarle información acerca del curso y resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que debiere realizar para ejercerlos.*
- b) *Ordenar por sí mismos o solicitar al tribunal, en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados.*
- c) *Informarle sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo, y remitir los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles.*
- d) *Escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o su terminación por cualquier causa.*

Si la víctima hubiese designado abogado, el ministerio público estará obligado a realizar también a su respecto las actividades señaladas en las letras a) y d) precedentes”.

A mayor abundamiento, el Párrafo 6° del Título IV del Libro I del Código Procesal Penal, referido a la víctima, define este concepto en el artículo 108, señalando que: *“Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito.*

En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima:

- a) *al cónyuge y a los hijos;*
- b) *a los ascendientes;*
- c) *al conviviente;*
- d) *a los hermanos, y*
- e) *al adoptado adoptante*

Para los efectos de su intervención en el procedimiento, la enumeración precedente constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes”.

Luego de la definición, y coherente con los objetivos de la Reforma y con esta nueva mirada de la víctima como sujeto de derechos, el artículo 109 consagra los **Derechos de la Víctima**, señalando lo que sigue: *“La víctima podrá intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en este Código, y tendrá, entre otros, los siguientes derechos:*

- a) *Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia;*
- b) *Presentar querrela;*
- c) *Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible;*
- d) *Ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiere o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada;*
- e) *Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa, y*
- f) *Impugnar el sobreseimiento temporal y definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.*

Los derechos precedentemente señalados no podrán ser ejercidos por quien fuere imputado del delito respectivo, sin perjuicio de los derechos que le correspondieren en esa calidad”.

Para los **testigos** también encontramos algunas normas en el Código Procesal Penal que resumen sus derechos en el ámbito de su protección. Uno de ellos es el **derecho a reserva de su identidad**, el cual es tratado en el artículo 307 de dicho cuerpo legal, norma que guarda cierta similitud con el artículo 189 del antiguo Código de Procedimiento Penal, ya transcrito. A propósito de la **Individualización del Testigo** al momento de su declaración, el artículo 307 establece: *“La declaración del testigo comenzará por el señalamiento de los antecedentes relativos a su persona, en especial sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio, todo ello sin perjuicio de las excepciones contenidas en leyes especiales.*

Si existiere motivo para temer que la indicación pública de su domicilio pudiere implicar peligro para el testigo u otra persona, el presidente de la sala o el juez, en su caso, podrá autorizar al testigo a no responder dicha pregunta durante la audiencia.

Si el testigo hiciera uso del derecho previsto en el inciso precedente, quedará prohibida la divulgación, en cualquier forma, de su identidad o antecedentes que condujeran a ella. El tribunal deberá decretar esta prohibición. La infracción a esta norma será sancionada con la pena que establece el inciso segundo del Artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, tratándose de quien proporcionare la información. En caso que la información fuere difundida por algún medio de comunicación social, además se impondrá a su director una multa de diez a cincuenta ingresos mínimos mensuales”.

Igualmente en la perspectiva de la **protección a testigos**, el artículo 308 señala que: *“El tribunal, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger al testigo que lo solicitare. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario.*

De igual forma, el ministerio público, de oficio o a petición del interesado, adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección”.

En el plano de los **derechos del testigo**, es relevante citar el artículo 312 del Código Procesal Penal, el que, refiriéndose al **derecho del testigo a ser indemnizado en determinadas circunstancias**, dispone que: *“El testigo que careciere de medios suficientes o viviere solamente de su remuneración, tendrá derecho a que la persona que lo presentare le indemnice la pérdida que le ocasionare su comparecencia para prestar declaración y le pague, anticipadamente, los gastos de traslado y habitación si procediere.*

Se entenderá renunciado este derecho si no se ejerciere en el plazo de veinte días, contado desde la fecha en que se prestare la declaración.

En caso de desacuerdo, estos gastos serán regulados por el tribunal a simple requerimiento del interesado, sin forma de juicio y sin ulterior recurso.

Tratándose de testigos presentados por el ministerio público, o por intervinientes que gozaren de privilegio de pobreza, la indemnización será pagada anticipadamente por el Fisco y con este fin, tales intervinientes deberán expresar en sus escritos de acusación o contestación el nombre de los testigos a quien debiere efectuarse el pago y el monto aproximado a que el mismo alcanzará.

Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de la resolución que recayere acerca de las costas de la causa”.

En conclusión, efectuado este recorrido por las disposiciones constitucionales y legales relativas a la atención y protección a víctimas y testigos contempladas en el nuevo ordenamiento jurídico, resulta relevante identificar cómo tales mandatos y disposiciones se han plasmado en la práctica al alero de las reglamentaciones internas de la Fiscalía, así como del diseño y evolución de los diversos modelos de atención y protección de estos sujetos procesales.

Si nos remontamos a los inicios de la implementación del nuevo sistema procesal penal en el Ministerio Público, la regulación de esta materia no responde a un modelo extranjero de atención y protección a víctimas y testigos que haya inspirado determinadamente los primeros instructivos dictados en nuestro país. Si bien se observaron y estudiaron regulaciones y experiencias como las de Inglaterra y Colombia, no es factible aseverar que alguna de estas regulaciones haya primado en la concreción de nuestras políticas de acción frente a las obligaciones que como institución nos asiste en el ámbito que nos ocupa.

Los antecedentes recogidos apuntan más bien a concluir que las instrucciones y los modelos que se pusieron en práctica durante los primeros siete años de implementación de la Reforma, obedecieron a construcciones elaboradas por los profesionales que partieron con ella, tanto de la División de Atención a Víctimas y Testigos, como de las Unidades de Atención a Víctimas y Testigos de las Regiones de Coquimbo y de La Araucanía, y que fueron surgiendo del estudio, observación y experiencia adquirida.

De esta manera se elabora el **Instructivo General N°11 sobre Atención y Protección a las Víctimas en el nuevo Código Procesal Penal**, el cual es difundido a través del Oficio N°143, de fecha 12 de octubre de 2000, del Fiscal Nacional. En esta normativa interna se precisa el concepto de víctima, y se regulan aspectos relacionados con las tareas que, tanto los fiscales como las Unidades de Víctimas deben asumir en esta materia, en las diversas etapas del proceso penal. De su lectura se desprende que, desde el origen del nuevo sistema fue prioritaria la atención directa de las víctimas que debían prestarle los fiscales, sin perjuicio de la permanente disponibilidad de las URAVIT.

Asimismo, se le asignó a las Unidades de Víctimas y Testigos (URAVIT) respecto del trato a las víctimas por parte de las Fiscalías Locales, rol que con

el transcurso del tiempo fue transitando a uno de asesoría, liderazgo y monitoreo de la implementación de los modelos de atención. Ello, sin perjuicio de su rol principal de atender y proteger directamente a las víctimas y testigos que requieren de su intervención especializada.

En relación a los criterios de derivación a las URAVIT, el texto primitivo del Instructivo N°11 establecía como criterio obligatorio de derivación (entendiéndolo así por la utilización de la expresión “el fiscal *derivará* ...”) los siguientes:

- a) Por cualquier delito en que fuere víctima un menor de edad, un enfermo mental grave, una persona con capacidad física notoriamente disminuida o que hubiere sufrido un daño psicológico grave a consecuencia del delito.

Luego agregaba ciertos criterios en que la derivación era facultativa del fiscal, comprendiendo aquel relativo a la pertenencia de la víctima a una etnia; cuando hablare otro idioma o fuere analfabeta; o cuando se trate de una persona de la tercera edad.

- b) Por delitos con resultado de muerte o de puesta en peligro concreto de la vida; delitos con resultado de lesiones corporales de significación, delitos sexuales, delitos de secuestro, de abandono o delitos terroristas.

Refiriéndose específicamente al ámbito de la protección, el Instructivo también disponía la intervención de las URAVIT en los siguientes casos:

- a) Por delitos cometidos por organizaciones criminales o por cualquier otro delito en que existiere un vínculo familiar, de amistad o de vecindad o una relación de subordinación o dependencia entre el imputado y la víctima.
- b) Por cualquier delito en que, a juicio del fiscal, existieren antecedentes concretos de hechos reiterados de violencia, hostigamientos o amenazas, de alcoholismo, drogadicción, u otra causa de inestabilidad psicológica del imputado o de acceso a armas por parte del mismo.

Estos criterios de derivación fueron posteriormente ampliados por el Oficio N°337, de fecha 11 de julio de 2003, del Fiscal Nacional, que modifica el ya aludido Instructivo N°11, fijando asimismo su texto refundido y sistematizado.

En efecto, a propósito de la antedicha modificación, se incorpora el concepto de “*Atención Integral*” de las víctimas, entendiéndose por tal el acompañamiento en el proceso, derivación, y apoyo en el ejercicio de derechos. Conceptualmente esta atención integral estaba reservada a las víctimas, considerando a los testigos como sujetos de atenciones más delimitadas, tales como la

protección y el apoyo para participar en el proceso penal². De esta manera, la derivación para los efectos de la atención integral quedó regulada en el Instructivo en los siguientes casos:

- a) Cuando se trate de homicidio simple, homicidio calificado, parricidio, infanticidio, robo calificado, castración, mutilación, lesiones graves gravísimas, lesiones simplemente graves o menos graves cometidas en un contexto de violencia intrafamiliar, manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte, violación, estupro, abuso sexual propio cometido contra menores de 18 años, abuso sexual impropio, favorecimiento de la prostitución de menores, delitos de secuestro y abandono. Asimismo, previa apreciación de la gravedad del caso, abuso sexual cometido contra mayores de 18 años, lesiones simplemente graves y menos graves.
- b) Cuando se trate de víctimas con daño psicológico grave provocado por el delito, enfermedad mental grave o incapacidad física notoriamente disminuida. Asimismo, previa apreciación del estado de la persona, víctimas menores de edad, mayores de 65 años, analfabetas o pertenecientes a otra etnia.

En lo relativo a la protección, el nuevo texto de este instructivo adiciona a las causales que ya figuraban en el texto primitivo, la siguiente:

“Cuando, a juicio del fiscal, se requiere de la intervención de la Unidad para la ejecución de medidas de protección de difícil implementación”.

Al observar el tenor de los criterios de derivación, tanto en su versión original como modificada, podemos vislumbrar que ya desde los inicios del sistema, se esbozaban criterios de evaluación de riesgo e intimidación que posteriormente fueron recogidos y sistematizados en las pautas de evaluación con las que trabajamos actualmente. Asimismo, con la incorporación de esta última causal de derivación vinculada a la labor proteccional, identificamos una primera referencia a lo que después pasó a conformar un sistema de protección para casos de mayor complejidad.

Otras modificaciones introducidas por el citado Oficio N°337/2003, que también podemos destacar son las siguientes:

- La obligación del fiscal de atender directamente a la víctima se entiende que también puede ser cumplida por el equipo jurídico (específicamente por el Abogado Asistente);
- Las URUVIT puedan adoptar autónomamente medidas de protección;

2 “Modelo de Actuación de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos”, documento emanado de la Coordinación Técnica Nacional, División de Víctimas y Testigos de la Fiscalía Nacional.

- Se introduce la obligación de derivar a las víctimas a las URAVIT, cuando proceda, dentro del plazo de 5 días siguientes a aquél en que se hubiere iniciado el procedimiento penal;
- Se incorpora la posibilidad de que las URAVIT apoyen la preparación metodológica de las víctimas para el Juicio Oral;
- Se amplía el catastro de medidas autónomas de protección.

Cabe hacer presente que el Instructivo N°11, en las dos versiones referidas, contemplaba la intervención de las URAVIT en los procesos relativos a Acuerdos Reparatorios. En la versión original, lo señalaba explícitamente en su numerando 43, y en la versión modificada, lo hacía de manera tácita al remitirse en esta materia, en su numerando 25, a la **Instrucción General N°34 sobre Criterios de Actuación relativos a los Acuerdos Reparatorios, difundida a través del Oficio N°242, de fecha 14 de diciembre de 2000.**

En ambas normativas se instruía a las URAVIT, emitir un informe acerca de la conveniencia del acuerdo para la víctima concretamente afectada por el delito, y además, se le encomendaba a la Unidad conducir un proceso de conciliación o mediación penal entre la víctima y el imputado. En el proceso de adaptación de la normativa esta función fue dejada sin efecto por **Oficio N°977, de fecha 19 de julio de 2007, del Fiscal Nacional, que actualiza criterios generales de actuación en Acuerdos Reparatorios basados en los resultados de Evaluación de Proyecto Piloto realizado en la IX Región.** De esta manera, se eliminó el rol de las URAVIT como conductoras de los procesos de conciliación, sin perjuicio de la facultad del fiscal para solicitarles informe acerca de la conveniencia de un acuerdo, tratándose de víctimas previamente derivadas.

Testigos

Nos interesa ahora revisar las principales disposiciones que han regulado la intervención de los fiscales y las URAVIT en el tratamiento de los testigos, entendiendo a los mismos como aquellas personas que tienen conocimiento de hechos o circunstancias que forman parte o son de interés para una investigación penal.

Un referente en esta materia lo constituye el **Instructivo General N°32 sobre testigos en la etapa de investigación y de su protección, difundido a través del Oficio N°237, de fecha 12 de diciembre de 2000, del Fiscal Nacional,** el cual orientaba, entre otros aspectos, acerca de la comparecencia de los testigos ante la Fiscalía; el ejercicio de sus derechos; la protección de los mismos; la reserva de identidad; la prueba anticipada; y la intervención especializada de las URAVIT.

En relación a la intervención de las URAVIT, el Instructivo expresaba que el fiscal podrá requerir el apoyo de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos, para la ejecución de medidas de protección, especialmente en los siguientes casos:

- a) Cuando se tratare de un testigo menor de edad, enfermo mental grave, con su capacidad física notoriamente disminuida, mayor de edad (65 años) o que evidencie un estado de alteración psicológica que pueda inhibir su intervención en el proceso.
- b) Cuando se tratare de un testigo de un delito grave ocurrido en el núcleo familiar, o que tuviere un vínculo de subordinación o dependencia respecto del imputado, de un delito de tráfico de drogas o terrorista o cometido por una organización criminal.

También en estos casos se disponía que la Unidad, si lo estimaba pertinente su Jefatura, apoyara al testigo cuando tuviere dificultades psicológicas para concurrir y declarar en la audiencia del juicio oral.

Reserva de identidad

Si bien uno de los principios fundamentales de la Reforma Procesal Penal radica precisamente en la publicidad de las actuaciones del proceso, la ley y la jurisprudencia reconocen como excepción la figura de la reserva de identidad de los testigos, cuando dicha reserva se torna indispensable para proteger la vida o la integridad física o psíquica del testigo, así como la de su entorno cercano. Esta medida de protección no ha estado exenta de polémica, tanto en el ámbito nacional como internacional, pues no es fácil armonizar los derechos de las partes. Desde una perspectiva hay que considerar el derecho del testigo a su vida e integridad, lo que implica la posibilidad de prestar declaración libremente y sin que ello signifique un riesgo para su vida o integridad; así como desde otra, el pleno ejercicio de su derecho a defensa por parte del imputado. A ello, debemos sumar el interés del Estado en la persecución penal.

“Velar por estos tres intereses en el marco del nuevo proceso penal constituye todo un desafío. Se trata de brindar protección a los testigos en el marco de un proceso penal inserto en un Estado de Derecho. El Estado de Derecho, como es sabido, se encuentra establecido en el Capítulo Primero “Bases de la Institucionalidad” y en el artículo 19 de la CPR, así como en los tratados internacionales que reconocen los derechos fundamentales de toda persona -Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, etc.-. La tarea consiste, entonces, en buscar soluciones razonables a los conflictos que pueden suscitarse entre, por una parte, el interés en la persecución y la jurisdicción penal y la protección de los derechos

fundamentales del testigo, y, por la otra, el interés en el respeto del derecho fundamental a la defensa que tiene el imputado”³.

El Instructivo en comento expresaba que, cuando existieran indicios de hostigamientos, amenazas, o probable atentado, el fiscal podría, además, mantener en reserva la identidad y los antecedentes del testigo, disponiendo que las actuaciones, registros o documentos en que aparezcan se mantengan en secreto respecto de los demás intervinientes, en conformidad al artículo 182 del Código Procesal Penal. De esta manera, agregaba, se dará inicio a la *cadena de reserva*, la que se extenderá por todo el período que fuere necesario para proteger al testigo. Esta medida el fiscal podía decretarla, además, a sugerencia de la URUVIT o de las policías. Además, agregaba que una vez dispuesta la reserva como medida de protección, todos los funcionarios de la Fiscalía y de las policías que participaren en la investigación estaban obligados a guardar secreto respecto de los antecedentes del testigo. Asimismo, los actos administrativos del Ministerio Público, así como los documentos que les sirvieren de sustento o complemento, se mantendrían en reserva conforme lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley 19.640. Sólo el fiscal tendría acceso a estos antecedentes en el sistema computacional, a menos que él autorizare a un funcionario de la Fiscalía al efecto, y sin perjuicio de la intervención del Fiscal Regional.

Cuando se decreta la medida de reserva de identidad, el testigo pasa a ser llamado genéricamente “*testigo protegido*”, y en el evento de haber más de uno, se les numera correlativamente al mencionárseles.

El Instructivo N°32 especificaba, a modo de ejemplo, que el fiscal podía adoptar también, las siguientes medidas de protección en favor del testigo protegido:

- a) Utilizar una clave para indicar el domicilio, lugar de trabajo y profesión u oficio del testigo;
- b) Señalar la Fiscalía Local como domicilio del testigo para efectos de las citaciones y notificaciones judiciales, en conformidad al artículo 26 del Código Procesal Penal, evento en el cual se le harán llegar al testigo en forma estrictamente reservada;
- c) Impedir que se tome fotografía o que por cualquier otro medio se capte la imagen del testigo, especialmente en los traslados de éste al Ministerio Público o a los tribunales. Para ello, el fiscal podrá ordenar a la policía que arbitre las medidas necesarias;

3 ROJAS VALDEBENITO, Sonia, y ROJAS AGUIRRE, Luis. “La Protección de los testigos en la Reforma Procesal Penal”.

- d) Tomar los resguardos necesarios para impedir la identificación visual del testigo en determinadas actuaciones de la investigación.

Agregaba el Instructivo que si se mantiene la reserva de identidad hasta la acusación, el fiscal no individualizará al testigo protegido en la lista de testigos, en ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 259 del Código Procesal Penal, y en la audiencia de juicio oral solicitará al tribunal que autorice al testigo a no indicar públicamente su domicilio, en virtud del artículo 307 inciso segundo del mismo Código. También el fiscal solicitará al tribunal que decrete la prohibición de divulgación, en cualquier forma, de su identidad y de los antecedentes que condujeron a ella, debiendo en caso de incumplimiento iniciar una investigación con este motivo, en conformidad al inciso tercero del artículo 307 ya citado.

En el año 2010, el Instructivo N°32 en comento, fue derogado por el **Oficio FN N°133, de fecha 31 de marzo de 2010**, el que a su vez fue recientemente derogado por el **Oficio FN N°60, de fecha 23 de enero de 2014, que imparte criterios de actuación aplicables a la Etapa de Investigación en el Proceso Penal**. Es preciso hacer presente que estos dos últimos oficios, por su naturaleza, son mucho más genéricos en lo que al tratamiento de los testigos se refiere, abarcando de manera más extensa otras materias propias de la investigación penal. En efecto, además de referirse escuetamente a los testigos, lo hace en la perspectiva de asegurar su comparecencia a las diligencias de investigación, pero no contiene alcances relativos a su protección. Lo anterior, se explica por la implementación del nuevo modelo de atención y protección de víctimas y testigos al que aludiremos más adelante.

Reserva de identidad contemplada en leyes especiales

Además de las disposiciones generales relativas a la reserva de identidad, existen tres leyes especiales en las cuales se contempla expresamente la facultad del Ministerio Público de disponer esta medida de protección. Se trata de la **Ley N°20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas**; la **Ley N°18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad**, y la **Ley N°19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos**. A continuación haremos una relación de los artículos que se refieren a esta materia en cada una de estas normativas legales.

Ley 20.000

Las investigaciones por delitos contemplados en este cuerpo legal, por su propia naturaleza, revisten ciertas características especiales que se traducen, entre otras, en la participación de sujetos que cumplen roles diversos (agentes encubiertos, agentes reveladores, e informantes), además de establecerse otras

medidas de protección específicas para testigos de este tipo de ilícitos, entre las que se cuenta la reserva de identidad, e incluso el cambio de identidad de una persona.

De esta manera, el **artículo 30** de esta ley dispone lo siguiente:

“Sin perjuicio de las reglas generales sobre protección a los testigos contempladas en el Código Procesal Penal, en cualquier etapa del procedimiento, cuando el Ministerio Público estimare, por las circunstancias del caso, que existe riesgo o peligro grave para la vida o la integridad física de un testigo o de un perito, de un informante o de un agente encubierto o revelador y, en general, de quienes hayan colaborado eficazmente en el procedimiento, en los términos del artículo 22, como asimismo de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos u otras personas a quienes se hallaren ligados por relaciones de afecto, dispondrá, de oficio o a petición de parte, las medidas especiales de protección que resulten adecuadas.

Para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, el fiscal podrá aplicar medidas tales como:

- a) *que no consten en los registros de las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar una clave u otro mecanismo de verificación, para esos efectos;*
- b) *que su domicilio sea fijado, para efectos de notificaciones y citaciones, en la sede de la fiscalía o del tribunal, debiendo el órgano interviniente hacerlas llegar reservadamente a su destinatario, y*
- c) *que las diligencias que tengan lugar durante el curso de la investigación, a las cuales deba comparecer el testigo o perito protegido, se realicen en un lugar distinto de aquél donde funciona la fiscalía y de cuya ubicación no se dejará constancia en el registro respectivo”.*

El **artículo 31**, a su vez, establece la obligación del tribunal de decretar, sin audiencia de los intervinientes, y una vez dispuesta la medida de protección de la identidad, la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación, agregando que se deberá decretar también la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen través de cualquier otro medio.

No obstante este acápite está vinculado a la medida de protección de reserva de identidad, nos parece relevante mencionar que el **artículo 35** de esta ley establece otra medida de protección, excepcionalísima en nuestro ordenamiento jurídico, cual es el **cambio de identidad**, el que podrá ser autorizado por el tribunal, con posterioridad al juicio, en caso de ser necesario por razones de seguridad. La disposición agrega que la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación adoptará todos los resguardos necesarios

para asegurar el carácter secreto de estas medidas, conforme al reglamento que se dicte al efecto. Todas las actuaciones judiciales y administrativas a que dé lugar esta medida serán secretas. Las personas que hayan sido autorizadas para cambiar de identidad sólo podrán usar sus nuevos nombres y apellidos en el futuro, sancionándose el uso malicioso de su anterior identidad.

Esta medida de protección, que también se consagra en nuestro país en la Ley 18.314 y en la 19.913, se encuentra asimismo vigente en otras legislaciones, para casos de crimen organizado, tales como México, Perú, Estados Unidos y Guatemala. Resulta interesante señalar que en España también es aplicable para casos de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).

Es menester hacer presente que esta medida de cambio de identidad no ha sido usada en nuestro país, por cuanto aún no se ha dictado el reglamento al que se alude en el artículo 35 ya citado.

Ley 19.913

Esta norma legal hace suyas las disposiciones de la Ley 20.000, entre otras, en materia de protección a testigos, comprendiendo consecuentemente, las medidas de reserva y cambio de identidad.

Ley 18.314

En el contexto de la determinación de conductas terroristas, esta ley igualmente contempla la medida de reserva de identidad, institución que como ya expresáramos al comienzo del acápite referido a la reserva, no ha sido pacífica ni doctrinaria ni judicialmente, y cuyo debate ha cobrado especial relevancia tratándose precisamente de la aplicación de esta ley. Tal es así, que esta discusión motivó la presentación del recurso de nulidad en el cual recayó el fallo de la Exma. Corte Supremo que se cita más adelante. El **artículo 16** explicita que *“...el tribunal podrá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Asimismo, podrá decretar la prohibición para que sean fotografiados o se capte su imagen a través de cualquier otro medio”*.

Por su parte, el **artículo 18** de esta ley señala que *“Las declaraciones de testigos y peritos, cuando se estimare necesario para su seguridad personal, podrán ser recibidas anticipadamente en conformidad con el artículo 191 del Código Procesal Penal. En este caso, el juez de garantía podrá disponer que los testimonios de estas personas se presten por cualquier medio idóneo que impida su identificación física normal. Igual sistema de declaración protegida podrá disponerse por el tribunal de juicio oral en lo penal, en su caso.*

Si las declaraciones se han de prestar de conformidad al inciso precedente, el juez deberá comprobar en forma previa la identidad del testigo o perito, en particular los antecedentes relativos a sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio. Consignada en el registro tal comprobación, el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pudiere poner en peligro la protección de ésta.

En ningún caso la declaración de cualquier testigo o perito protegido podrá ser recibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a contrainterrogarlo personalmente. El defensor podrá dirigir al testigo o perito protegido las interrogaciones tendientes a establecer su credibilidad o acreditación y a esclarecer los hechos sobre los cuales depone, siempre que dichas preguntas no impliquen un riesgo de revelar su identidad. Lo expuesto en este inciso se aplicará a quien se encuentre en el caso del artículo 9.”

Es importante hacer notar que el último inciso del artículo arriba transcrito fue modificado como aparece en el texto por el artículo 1°, No. 8 de la Ley 20.467, de fecha 8 de Octubre de 2010, modificación que refuerza el espíritu de resguardar la reserva de identidad del testigo o perito, tal como se desprende de la parte final de dicho inciso.

Como lo dijéramos anteriormente, este cuerpo legal contempla asimismo, en su **artículo 20**, la medida de cambio de identidad, en términos similares a la Ley 20.000.

Fallo relativo a reserva de identidad

Resulta ilustrativo conocer los considerandos del **fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Cañete**, de fecha 22 de marzo de 2011, recaído en la causa **RUC N°0800932994-4, por delitos de robo con intimidación, atentado contra la autoridad, incendios, asociación ilícita terrorista y otros**, en el cual se legitima y valora el testimonio de testigos con reserva de identidad, además de reconocer explícitamente el deber que también tienen los tribunales en cuanto a la protección de los testigos. Dicho fallo señala, en la parte pertinente:

“Validez conceptual de los dichos de testigos con identidad reservada.

64°: *Que se ha levantado como argumento para justificar la absolución de los imputados en esta causa, la escasa validez que como elemento de convicción, tendrían los dichos de los testigos que declaran bajo identidad reservada, principalmente considerando que aquel privilegio procesal se sostiene en la invocación por parte del ente persecutor de la normas previstas en la Ley 18.314, que fija las conductas terroristas y determina su penalidad, normativa que en este caso no fue recogida por el Tribunal.*

65°: *Que estos Jueces discrepan de la opinión que sobre el particular pueden tener algunas defensas, en cuanto a que los dichos de los testigos con reserva de identidad*

carecen de validez, a la luz de los principios que inspiran el actual proceso penal, por cuanto es la propia legislación que tanto en la Ley 20.000, como en la Ley 18.314, reconoce su existencia, de modo que esa sola circunstancia debiese ser argumento suficiente para desestimar tal pretensión.

Sin perjuicio de ello, cabe reflexionar que nuestra legislación impone a las personas testigos de un ilícito, citadas judicialmente a prestar declaración testimonial sobre el mismo, el deber de comparecer y declarar, surgiendo como consecuencia de este deber de comparecencia, y de los eventuales daños o perjuicios a que se ven expuestas en el cumplimiento de su obligación cívica, el deber necesario de que el Estado como órgano de persecución penal y como principal garante de los derechos individuales, se obligue a proporcionar a dichas personas las medidas necesarias tendientes a proteger el ejercicio de sus derechos fundamentales, tarea que no solo ha sido encomendada por mandato constitucional al Ministerio Público, a través de su Unidad de Protección de Víctimas y Testigos, sino que también a los Tribunales de Juicio Oral, a la luz de lo dispuesto en el artículo 308 del Código Procesal Penal.

Es por ello que, la existencia de dicha obligación del Estado resulta imprescindible e innegable, dado que los dos objetivos principales del procedimiento penal, dentro de un Estado Democrático y de Derecho, son por un lado contribuir a la eficacia de la persecución penal de los hechos delictivos, pero por otro lado, también el respetar al máximo, en el juzgamiento de esos hechos, los derechos de quienes resulten involucrados, y es aquí en donde se debe reconocer que el testigo resulta ser una pieza clave y fundamental dentro de un juicio en donde está en juego la culpabilidad o inocencia de determinadas personas, siendo del todo justo y necesario, brindar la correcta protección frente a cualquier amenaza, sea de muerte u otra distinta, que coaccione su voluntad de declarar, en la medida que aquella no resulte atentatoria de los derechos del imputado.

66°: *Que dentro de un proceso penal tradicional, salvo contadas excepciones la defensa tendrá pleno acceso a la identidad del testigo desde el momento en que el Ministerio Público presenta la acusación, dado que en ella se consignan el nombre y apellidos de quienes depondrán en contra del imputado en el Juicio Oral, su profesión, domicilio o residencia y los puntos sobre los cuales habrá de recaer su declaración, vale decir, para el legislador nacional, la regla general en el procedimiento penal es el conocimiento de la identidad de los testigos por parte de la defensa.*

67°: *Que no obstante lo anterior, esta regla admite como se dijo las excepciones contenidas tratándose de los delitos terroristas y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. En ambos casos, el legislador ha establecido expresamente como medida de seguridad, tanto para el testigo como para los seres cercanos a éste, la posibilidad de ocultar su identidad de quien depondrá en contra del acusado, esto debido principalmente a la especial trascendencia y peligrosidad que dichos ilícitos han ido adquiriendo con el correr del tiempo, postura que con sus respectivas variantes, en lo sustantivo es compartida por muchos países.*

68°: *Que se han sostenido más bien desde un punto de vista doctrinal, diversos argumentos en orden a desacreditar la existencia de testigos con reserva de identidad, señalándose por ejemplo que aquella institución vulneraría los principios básicos de Publicidad y Defensa propugnados por nuestro Código Procesal Penal, o que su utilización puede traer consecuencias nocivas para ejercer adecuadamente el Derecho a Defensa, y con ello el Debido Proceso, y finalmente también se ha dicho que la Defensa no tendría la posibilidad de ejercer acciones penales en contra de quienes pudiesen haber incurrido en falso testimonio durante el juicio.*

En el caso en estudio aquello no resultó tan cierto, toda vez que pese a que uno de los testigos con identidad reservada se presentó visiblemente lesionado, refiriendo haber sido agredido con motivo de su comparecencia, se ha permitido, salvo la excepción contenida en el artículo 18 inciso 3° de la Ley 18.314, la posibilidad de que la defensa efectúe un debido contra examen, en términos que como se ha citado durante esta sentencia, se ha podido incluso desestimar el testimonio de ciertos testigos en base al adecuado ejercicio de dicho derecho.

Por otro parte, tampoco es posible considerar una vulneración al Debido Proceso, toda vez que las limitaciones establecidas en la Ley, lo son precisamente en aras de lograr un adecuado equilibrio entre los contendores, entendiendo el legislador que la gravedad de ciertos hechos, justifica racionalmente la restricción parcial de determinados derechos, en pro de un adecuado y justo ejercicio de la acción penal. Es así que entonces, si bien no se acogió la tesis del ente persecutor en cuanto estimar que estos hechos configurarían hipótesis terroristas, la verdad es que aquello obedece a un planteamiento doctrinal diverso sobre un mismo punto, como se explicará más adelante, no observando estos Jueces que de parte del Ministerio Público, hubiese existido un ejercicio abusivo o desmedido, al conducir la acción penal en dicho sentido.

Por último, tratándose de ilícitos como el falso testimonio en sede penal, cabe señalar que las diligencias probatorias sobre el particular, son resorte exclusivo del Ministerio Público, de manera que nada obsta a que dicho organismo, en uso de sus atribuciones pueda esclarecer la existencia de dicho ilícito, y con ello develar la identidad del testigo protegido, sin embargo, eso es más bien un avatar de los acontecimientos posteriores, y no un motivo suficiente para rechazar de antemano la utilización de dicha institución”.

Nuevo modelo de atención y protección a víctimas y testigos: OPA

En el año 2008 se realiza una profunda reflexión vinculada al sistema de atención y protección a víctimas y testigos que había imperado en la institución desde los inicios de la Reforma y hasta ese momento. Uno de los aspectos que se diagnosticó fue la cobertura de la atención brindada a los usuarios, constándose que ésta alcanzaba aproximadamente el 3%, cobertura que correspondía a la intervención especializada realizada por las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos. Por otra parte, producto de la forma en que

se fueron generando los modelos de atención, fruto de la experiencia y de las realidades de los distintos territorios, existía una importante diversidad en la manera cómo se relacionaban las Fiscalías Locales con sus usuarios, incluso con los usuarios prioritarios.

Los aspectos señalados precedentemente fueron abordados en el Plan Estratégico de la Fiscalía 2008-2015, estableciéndose entre sus lineamientos estratégicos el de potenciar la atención a víctimas y testigos, figurando asimismo entre sus objetivos, el de mejorar la percepción y satisfacción de los usuarios respecto de los servicios brindados por la institución. En esta perspectiva, y para avanzar en la cobertura y en la calidad de la atención, en el contexto de una institución moderna y fundamental para el acceso a la justicia y la consecución de la paz social, la División de Atención a las Víctimas y Testigos se aboca a la formulación de un nuevo modelo de atención y protección a víctimas y testigos, conocido como **MODELO OPA**, cuya sigla significa **“Orientación, Protección y Apoyo”**. Este modelo ha sido objeto de otros artículos publicados en ediciones anteriores de esta Revista Jurídica ⁴, por lo que en esta oportunidad sólo haremos algunas consideraciones generales respecto al mismo, mencionando también las modificaciones que a la fecha ha experimentado. Cabe destacar que la implementación del modelo se desarrolló en forma gradual, comenzando en la Región de Coquimbo, en el año 2008, y completándose en el año 2012, con la incorporación de las Regiones del Maule, Biobío, Los Ríos, y Metropolitana Centro Norte.

Principios orientadores del modelo

Coherente con lo ya señalado en relación a los lineamientos y objetivos estratégicos de la carta de navegación institucional, los principios que orientaron el Modelo OPA son los siguientes:

1. Participación:

Este principio está definido desde la perspectiva de la participación de las víctimas en el proceso penal, entendiendo que, en su calidad de interviniente, la víctima tiene el derecho a participar, pero ello a su vez implica para fiscales y funcionarios, el deber de facilitar dicha participación.

2. Discriminación positiva:

Como lo expresa el documento “Modelo de Atención General a Víctimas y Testigos”, de la División de Víctimas y Testigos, de fecha septiembre de

4 Equipo OPA, División de Atención a Víctimas y Testigos. “Modelo de Atención a Víctimas y Testigos”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, No. 47, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2011, págs. 69-84.

2008, este principio considera la focalización de recursos especializados en las víctimas y testigos con mayor grado de vulnerabilidad. La vulnerabilidad está especialmente determinada por el tipo de delito, la relación de la víctima con el agresor, la disponibilidad para acceder a medios de ayuda y asistencia y el perfil económico de la víctima.

En virtud de lo anterior, se definió desarrollar estrategias de intervención especializada para casos de delitos sexuales, violencia intrafamiliar, víctimas menores de edad, y casos complejos de protección.

3. Transversalidad:

La transversalidad implica instalar la atención a víctimas y testigos no sólo como un tema exclusivo de las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos, sino como una responsabilidad que abarca a todos los fiscales y funcionarios, los que, actuando coordinadamente, deben procurar una atención de calidad.

4. Eficiencia:

De acuerdo a lo definido en el documento citado en el punto tres precedente, una gestión eficiente en el tema de víctimas y testigos se relaciona con desarrollar procesos de trabajo que tiendan a la transversalización de la temática al interior de las fiscalías. Así se facilita el aumento de cobertura en la entrega de servicios diferenciados, aumentando consecuentemente la productividad de los funcionarios en la medida que entregan mayor cantidad de servicios a mayor cantidad de usuarios. Por otra parte, la recepción de un mejor servicio por parte de los usuarios debiera redundar en un mayor compromiso de estos últimos, con los beneficios económicos y procesales que ello acarrearía.

5. Eficacia:

Los objetivos planteados institucionalmente respecto de las víctimas y testigos deben ser cumplidos mediante el trabajo sinérgico y transversal de la Fiscalía.

Además de los principios especificados con anterioridad, es pertinente mencionar que el Modelo OPA contempla entre sus características la **estandarización** de los servicios ofrecidos por el Ministerio Público a víctimas y testigos y de la calidad de los mismos, a través del diseño de procedimientos y protocolos de interrelación con los diferentes usuarios. Asimismo, la **cobertura total de atención** constituye una pretensión de este modelo, tomando en consideración las necesidades correspondientes a cada usuario.

El Modelo OPA encuentra su inspiración en el **sistema judicial penal inglés**, lo cual se evidencia de manera clara al examinar los instrumentos para evaluar intimidación que contempla uno y otro modelo. En efecto, de acuerdo

a lo establecido en el documento “Trabajando con Testigos Intimidados, un manual para policías y profesionales responsables por identificar y apoyar a testigos intimidados” (Noviembre, 2006), podemos observar que el sistema de protección a testigos que en él se describe razona sobre argumentos y problemas que de igual manera se identifican en nuestro modelo, partiendo por la relevancia que puede llegar a revestir el testimonio de un sujeto para el éxito de una investigación. Ambos modelos abordan el problema de la **intimidación** como uno de los factores determinantes a la hora de que un testigo desista de participar en el proceso penal. De hecho, los aspectos que se consideran en los instrumentos que se utilizan para evaluar esa intimidación, tanto en nuestro sistema como en el inglés, son bastante similares, distinguiéndose en ambos modelos tres niveles de intimidación posibles, con las consecuentes medidas de protección y acciones a seguir.

Consecuente con el principio de discriminación positiva, el modelo contempla un sistema general de atención de víctimas y testigos, conocido como el **Modelo General**, como asimismo, un **Modelo de Atención Inmediata para Víctimas de Delitos en Contexto de Violencia Intrafamiliar**, además de un **Modelo de Intervención Especializada en Menores de Edad Víctimas de Delitos Sexuales y de VIF**.

Pero la evolución de la criminalidad a nivel internacional es un fenómeno que ha permeado en alguna medida también nuestro país, lo que nos ha demandado como Estado el hacernos cargo de aquellos casos en los que el riesgo de que sufre una víctima o testigo por colaborar o haber colaborado en el proceso penal, tiene características que permiten establecer las posibilidades de concreción del riesgo por provenir de un tipo de criminalidad organizada. Frente a ello, y también dentro del Modelo General, se generó el Modelo de Protección para Víctimas y Testigos en Casos Complejos.

Modelo de Protección en Casos Complejos

Este modelo, cuyo objetivo es precisamente brindar a las víctimas, testigos, peritos y sus familias una protección especializada para aquellos casos excepcionales de riesgo que enfrentan estos sujetos, en los que por provenir la intimidación o amenaza de algún tipo de organización criminal, requiere de una estrategia de protección elaborada para minimizar tal riesgo, fue expuesto en un artículo publicado en una edición anterior de la Revista Jurídica del Ministerio Público⁵. Si bien, estos casos de protección han sido aislados, no más de diez casos en los últimos tres años, es necesario avanzar en esta materia y contar con mecanismos para enfrentar esta problemática, dado que van

5 PÉREZ ADASME, Marcelo y CHÁVEZ TORRICO, Angela. “Protección a víctimas y testigos en casos complejos”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, No. 48, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2011, págs. 81-109.

generalmente asociados a causas de narcotráfico, robos y otros delitos que constituyen la actividad de las bandas u organizaciones criminales.

Ajustes al Modelo OPA

Desde que comenzó la implementación gradual del Modelo OPA, junto con observar su comportamiento en relación con los objetivos propuestos, la División de Atención a Víctimas y Testigos, así como las URAVIT, han ido advirtiendo la necesidad de efectuar ajustes a los modelos diseñados primitivamente. Lo anterior, a fin de adaptarlos a la realidad de las Fiscalías Locales que deben operativizar el modelo, como asimismo, con el afán de optimizar el cumplimiento de los objetivos de atención y protección en beneficio de las víctimas y testigos.

Este ejercicio de observación y mejora continua del modelo ha dado lugar a revisiones y ajustes tanto del Modelo General como de los Modelos Especializados de VIF y Menores de Edad, que pueden resumirse en los aspectos que se señalan a continuación:

Modelo General: En el diseño original, este modelo se aplicaba a personas mayores de edad, víctimas y testigos de cualquier delito, con excepción de las víctimas de delitos en contexto de VIF (a quienes se les aplica el modelo especializado). Posteriormente se resuelve exceptuar de la aplicación obligatoria del modelo a los cuasidelitos; delitos económicos; hurtos, robos no violentos y otros delitos contra la propiedad sin imputado conocido.

Modelo VIF: Este modelo especializado se aplica a personas mayores de edad, víctimas de delitos en contexto de violencia intrafamiliar. En una primera etapa se dispuso su aplicación también a menores de edad, víctimas de violencia intrafamiliar en contexto de una relación de pareja, pero con posterioridad se redefinieron como sujetos de atención del modelo especializado para víctimas menores de edad. A partir del 1 de enero del año en curso, se modificaron los plazos de intervención establecidos en el protocolo, de tal forma que el plazo de 24 horas para la aplicación de la pauta de riesgo devino en un plazo de un día hábil, y el de 48 horas para el otorgamiento de medidas de protección en los casos correspondientes, pasó de 48 horas a dos días hábiles.

Modelo para menores de edad, víctimas de delitos sexuales o VIF: También a contar del 1 de enero se modificó el plazo para realizar el contacto inicial para la recopilación de antecedentes de la víctima, de 72 horas a 3 días hábiles. Además, se han definido modificaciones al Modelo que se encuentran en proceso de implementación, y que consideran principalmente las acciones de seguimiento de responsabilidad de la URAVIT, en casos de riesgo alto, cuando la investigación es formalizada o cuando se revoca la prisión preven-

tiva del imputado y la coordinación, preparación y acompañamiento a juicio oral; junto con la implementación de mejoras en el sistema informático que permitan una información más fluida entre el equipo jurídico y la URAVIT, en pos de una mejor orientación y protección a la víctima.

Algunos desafíos pendientes

Durante el transcurso de los catorce años en que nuestro país ha experimentado la transformación de su sistema procesal penal, también han ido evolucionando y perfeccionándose los mecanismos para brindar atención y protección a las víctimas y testigos que participan en las investigaciones criminales. Desde un sistema eminentemente asistencialista, se ha ido transitando hacia un modelo que incorpora elementos que buscan focalizar los esfuerzos hacia una perspectiva más vinculada a la protección, haciéndonos cargo también de la evolución que ha tenido la delincuencia en Chile y que demanda nuevos desafíos en este ámbito. No obstante lo anterior, estimamos que hay espacio para seguir avanzando en esa línea. Si bien los recursos asignados son restringidos, sería interesante explorar la formalización de más convenios de colaboración con otros organismos de la red pública y privada, a fin de actuar sinérgicamente en beneficio de la protección de víctimas y testigos. Estratégico resultaría una alianza, por ejemplo, con el Ministerio de la Vivienda, a fin de facilitar las eventuales reubicaciones que a lo largo del país se realizan año a año, posibilitando la permuta o la adjudicación de subsidios con fines de protección, y como parte de una política integral de apoyo a víctimas y testigos. Lo mismo podría ocurrir con aquellos organismos que potencian el emprendimiento y la inserción laboral, como una manera de estimular el cambio de vida que puede llegar a representar para una víctima o testigo el colaborar en un proceso penal. Nuestros plazos reglamentarios para entregar protección luego del término de una causa también podrían ser revisados, a fin de posibilitar apoyos por períodos más prolongados de los que actualmente están vigentes. Esas son sólo algunas de las ideas que podrían contribuir a optimizar nuestros mecanismos de protección, a lo que podríamos agregar la pertinencia de profundizar la formación que los Fiscales y funcionarios del Ministerio Público exhiben en esta materia.

La tarea de brindar atención y protección a víctimas y testigos trasciende al rol de la División de Atención a Víctimas y Testigos y de las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos. Se trata de un rol de Estado que la Fiscalía está llamado a liderar, pero para cuyo cumplimiento óptimo también se requiere de los recursos, de toda índole, para enfrentar adecuadamente las cada vez más sofisticadas formas que va adoptando la criminalidad en Chile.

Bibliografía

1. ROJAS, Sonia; ROJAS, Luis Emilio. “La Protección de los Testigos en la Reforma Procesal Penal.” Ministerio Público; Fiscalía Nacional, División de Atención a Víctimas y Testigos.
2. SALVADOR, Susana. “Cambio de apellidos motivado por situación de violencia de género”. [En línea]. www.nodo50.org/ala/mujer España.
3. Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos. Documento aprobado en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos. 2008.
4. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Naciones Unidas.2000.
5. Manual de Buenas prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada. Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. Naciones Unidas, Nueva York, 2008.
6. Protección de Testigos en Chile. X Conferencia Anual y Reunión General Asociación Internacional de Fiscales, Copenhage, Dinamarca, 2005. Ministerio Público de Chile.
7. Modelo de Actuación de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos. Coordinación Técnica Nacional, División de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional.
8. Documento “Trabajando con Testigos Intimidados. Un manual para policías y profesionales responsables por identificar y apoyar a testigos intimidados”. Sistema Judicial Penal, Noviembre 2006.
9. Programa Especializado de Protección de Víctimas y Testigos en Casos Complejos PEP. Ministerio Público, Fiscalía Nacional, Julio 2006.
10. Modelo de Atención General a Víctimas y Testigos. División de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional, Septiembre 2008.
11. Modelo de Intervención Inmediata para Víctimas de Delitos en contexto de Violencia Intrafamiliar. División de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional.
12. Modelo de Intervención Especializada en Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales y Delitos en contexto de Violencia Intrafamiliar. División de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional.

13. Modelo de Protección a Víctimas y Testigos en Casos Complejos. División de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional, Noviembre de 2008.
14. Instrucción General N°11 sobre atención y protección a las víctimas en el Código Procesal Penal. Fiscalía Nacional, Octubre de 2000.
15. Oficio FN No. 337, de fecha 11 de Julio de 2003, que Introduce modificaciones y fija texto refundido y sistematizado de la Instrucción General N°11. Oficio N°237, de fecha 12 de Diciembre de 2000, que contiene Instructivo General N°32 sobre testigos en la etapa de investigación y de su protección.
16. Oficio N°242, de fecha 14 de Diciembre de 2000, que contienen Instructivo General N°34 sobre criterios de actuación relativos a los acuerdos reparatorios.
17. Oficio FN N°246, de fecha 27 de Mayo de 2004, que complementa Instructivo General N°32.
18. Oficio FN N°013, de fecha 6 de Enero de 2005, que pone en conocimiento modificaciones y actualización de objetos y criterios de derivación a las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos.
19. Oficio FN N°133, de fecha 31 de Marzo de 2010, que contiene Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la Etapa de Investigación en el proceso Penal.
20. Oficio FN N°060, de fecha 23 de Enero de 2014, que contiene Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la Etapa de Investigación en el Proceso Penal.
21. Chile, Constitución Política de la República, edición oficial aprobada por Decreto N°416, de 22 de Enero de 2010, del Ministerio de Justicia.
22. Chile, Ley N°19.640, establece la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Diario Oficial del 15 de Octubre de 1999.
23. Código de Procedimiento Penal, edición oficial aprobada por Decreto N°733, de 23 de Julio de 1996 del Ministerio de Justicia.
24. Código Procesal Penal, edición oficial aprobada por Decreto N°775, de 10 de Febrero de 2009, del Ministerio de Justicia.
25. Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Cañete, 22 de Marzo de 2011, causa RUC N°0800932994-4; RIT N°35-2010, por robo con intimidación, atentado contra la autoridad, incendios, asociación ilícita y otros.

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

LA QUERRELLA DE CAPÍTULO Y LOS JUECES DE POLICÍA LOCAL

Claudia Ortega Forner¹

En nuestro ordenamiento jurídico, el ejercicio de la acción penal pública en contra de determinadas autoridades políticas, judiciales y pertenecientes al Ministerio Público, requiere para hacerse efectiva, de la realización de un antejuicio, denominado “Desafuero”, para las autoridades del poder ejecutivo, legislativo y tribunales especiales, o bien “Querrella de Capítulos”, en el caso de los miembros del poder judicial y de la fiscalía.

Los antejuicios son instituciones de carácter excepcional dentro de nuestro sistema procesal penal y, en general, tienen por objeto resguardar la investidura de ciertas autoridades, en orden a evitar que exista persecución penal a su respecto sólo en casos justificados.

De esta manera, la Constitución Política de la República establece estos privilegios procesales, los que se concretan normativamente en el Código Procesal Penal, en las instituciones del desafuero y la querrella de capítulos.

En este trabajo nos centraremos en las particularidades de la querrella de capítulos y, en especial, analizaremos su precedencia respecto de los Jueces de Policía Local, atendidas las especiales características de estos magistrados.

1. La querrella de capítulos

El artículo 79 de la Constitución establece la responsabilidad de los jueces por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

Tratándose de los miembros de la Corte Suprema, la carta fundamental se remite a la ley, a fin de que sea el legislador el que determine los casos y el modo de hacer efectiva dicha responsabilidad. Por su parte, el art. 324 del Código Orgánico de Tribunales (COT), establece los miembros de la Corte Suprema no reciben castigo penal en cuanto a la falta de observancia a las leyes que reglan el procedimiento ni en cuanto a la denegación ni a la torcida administración de justicia.

Consecuencia de lo anterior es que los miembros del señalado tribunal estarían excluidos como sujetos activos de las formas –genéricamente denomina-

1 Abogada de la Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

das— de prevaricación y contempladas específicamente en el Código Penal en el artículo 223 N°1, artículo 224 Nos 1, 2, 3, 4, y 5 y artículo 225 Nos 1, 2, 3, 4 y 5.

En lo que respecta al Ministerio Público, la Constitución reconoce la existencia de la responsabilidad de los fiscales en el ejercicio de sus funciones, entregando a la Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, la regulación de la misma. Así, en los artículos 45 y siguientes de dicha normativa, se regula la forma de investigar la responsabilidad penal de los fiscales y a quien le corresponde efectuar dicha investigación.

Para hacer efectiva la responsabilidad criminal de los jueces, fiscales del Ministerio Público y fiscales judiciales, por actos que hayan ejecutado en el ejercicio de sus funciones e importen una infracción penada por la ley, será necesario plantear en forma previa una **“querrela de capítulos”**, la que se encuentra regulada en los arts. 424 y siguientes del Código Procesal Penal.

La querrela de capítulos es un antejuicio, que cumple un rol similar al del desafuero que procede respecto de los parlamentarios, pero con alcances más limitados. En primer lugar, este procedimiento se aplica en aquellos casos en que se persiga la responsabilidad ministerial de jueces, fiscales del Ministerio Público y fiscales judiciales sólo por delitos propios o ministeriales, quedando excluidos los delitos comunes. Esta es una diferencia con el fuero de los parlamentarios, el cual alcanza a todo tipo de responsabilidad criminal.

Según el abogado Carlos Dörn², *“(…) El legislador con la finalidad de garantizar una mínima independencia, autonomía, objetividad e imparcialidad en el ejercicio de las funciones que corresponden a los jueces, fiscales judiciales y fiscales del Ministerio Público frente a acusaciones infundadas, es que concibe y establece el antejuicio denominado querrela de capítulos. De tal modo que la querrela de capítulos cumple el rol de un fuero, pero de alcances limitados pues solamente ampara a los jueces, fiscales judiciales y fiscales del Ministerio Público en el ámbito propio de su responsabilidad penal ministerial quedando excluidos, por tanto, la responsabilidad derivada de la comisión de delitos comunes como ocurre en el caso de los parlamentarios”*.

Esta institución ya estaba considerada en el Código de Procedimiento Penal, y al discutirse, con ocasión del debate legislativo producido en torno al nuevo Código de Enjuiciamiento Criminal en el Senado, se estuvo por la eliminación de la misma dada su escasa aplicación, sosteniéndose que la mayoría de las infracciones se solucionaban por aplicación de las facultades disciplinarias

2 DÖRN GARRIDO, Carlos. “Reflexiones sobre la Querrela de Capítulos en el Nuevo Código Procesal Penal”. En: *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N°10, Santiago, Chile, Consejo de Defensa del Estado, 2003.

de la Corte Suprema. Sin embargo, fue el propio Tribunal Superior quien estuvo por mantenerla, por cuanto ella configura una garantía en cuanto a que los jueces, fiscales del Ministerio Público y fiscales judiciales van a tener un procedimiento que los proteja de acusaciones sin fundamento, por delitos inexistentes³.

Se podría decir que la querrela de capítulos fue creada para efectos de proteger el ejercicio de la función jurisdiccional de los jueces, con absoluta independencia.

2. Alcance del término “jueces”

Nuestro objetivo ha sido determinar si los jueces de policía local son acreedores del privilegio procesal de la querrela de capítulos. Para ello, es necesario determinar el alcance del término jueces.

Como se señaló anteriormente, el art. 79 de la Constitución Política de la República establece que los “jueces” son personalmente responsables por los delitos que allí se enuncian, que no son sino distintas manifestaciones del delito de prevaricación judicial, sancionado en los artículos 223 y siguientes del Código Penal.

Por su parte, el art. 76 de la Constitución Política de la República establece que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley. A continuación, el art. 77 de la Carta Fundamental dispone que una ley orgánica constitucional será la que determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia.

Siguiendo esta línea, el art. 5 del Código Orgánico de Tribunales establece que integran el Poder Judicial, como tribunales ordinarios de justicia, la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los tribunales orales en lo penal, los juzgados de letras y los juzgados de garantía. Se consideran tribunales especiales los juzgados de familia, los de letras del trabajo, los de cobranza previsional y los militares en tiempos de paz, debiendo regirse ellos por los respectivos cuerpos legales que menciona el mismo artículo.

Les corresponde a los tribunales antes señalados, el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, sin perjuicio de las excepciones establecidas por la Constitución y las leyes.

3 PFEFFER, Emilio. *Código Procesal Penal Anotado y Concordado*, 2ª ed., Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile; 2006, p. 651.

Por otra parte, establece que los demás tribunales especiales se regirán por las leyes que los establezcan, sin perjuicio de quedar sujetos a las disposiciones generales del Código Orgánico de Tribunales.

En consecuencia, podemos concluir que de acuerdo con lo que establecen la Constitución y las leyes, no sólo son jueces los miembros del Poder Judicial, sino todos aquellos llamados a conocer de los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio nacional, ejerciendo jurisdicción.

Así lo han entendido los profesores Ossandón y Rodríguez, quienes en su libro *Delitos Contra la Función Pública*, señalan: *“En efecto, la función jurisdiccional está encomendada en forma específica y exclusiva a los tribunales que establece la ley, tribunales que, por cierto, no se reducen sólo a los miembros del Poder Judicial. Lo relevante es que se trate de ciertos órganos, no cualquiera, a los que se concede el ejercicio de la potestad jurisdiccional en forma exclusiva”*.

Más adelante, en la misma obra, los autores concluyen que *“... es evidente que tanto la Constitución Política como la legislación atribuyen la función jurisdiccional a ciertos órganos que no forman parte del Poder Judicial, pues las normas pertinentes se refieren a los tribunales establecidos por la ley, lo que incluye a los tribunales especiales y arbitrales”*⁴.

El profesor Alfredo Etcheberry extiende más aún el concepto, a propósito del delito de prevaricación, en cuanto a que atendido a que la ley hace referencia al sujeto activo de este delito como “los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales”, considera a esta expresión como *“amplia y comprende tribunales los ordinarios y los especiales (jueces del trabajo, militares, de aduanas, etc.), los letrados y los legos (alcaldes) ...”*⁵.

Por su parte, el profesor Casarino sostiene que *“Los tribunales que no forman parte del poder judicial siguen siendo tribunales de justicia aunque se trate de órganos integrados orgánicamente a otros Poderes del Estado o de existencia independiente si ejercen jurisdicción por mandato expreso de la ley. En esta categoría conviene mencionar entre los primeros los Juzgados de Policía Local, los Tribunales Militares en tiempo de Guerra, el Tribunal Constitucional y los Tribunales Electorales, y entre los segundos la Cámara de Diputados y el Senado en lo relativo a las acusaciones constitucionales...entre otros”*⁶.

Finalmente, el profesor Juan Colombo señala: *“El art. 5° del Código Orgánico de Tribunales contiene la otra disposición legal que a nuestro juicio da forma al*

4 RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, Magdalena, *Delitos Contra la Función Pública*, 1ª ed., Santiago, Editorial Jurídica, 2005, p. 170 – 171.

5 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª ed., Santiago, Tomo V, Chile., Editorial Jurídica, 1998, p. 214.

6 CASARINO, Mario. *Manual de Derecho Procesal, Derecho Procesal Orgánico*, Tomo I, 6ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2008, p. 30.

concepto de jurisdicción. En su primera parte expresa: 'A los Tribunales que establece el presente Código estará sujeto el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, con las solas excepciones siguientes. . . ' que se refieren a las materias cuyo conocimiento entrega a los llamados tribunales especiales. Algunos autores han querido ver en este artículo una limitación al ejercicio de la función jurisdiccional que estaría entregada a los tribunales que establece el Código Orgánico y que son los que básicamente se organizan bajo el nombre de Poder judicial, excluyéndose a los demás. Tal aseveración es falsa ya que tienen jurisdicción todos los tribunales establecidos por la ley cualquiera que sea la norma que los cree y no sólo los que se establecen en el Código Orgánico. Así como se dirá más adelante los juzgados militares, de Policía Local, el Contralor General de la República, el Director de Impuestos Internos, etc. son tribunales en la medida en que la ley les otorga el ejercicio de la función jurisdiccional⁷.

3. Alcance del término “jurisdicción”

“Jurisdicción es el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir. Se trata de una función pública emanada de la soberanía, que sólo la pueden hacer cumplir las autoridades que la Constitución establece. La potestad jurisdiccional le permite a los tribunales conocer, resolver y hacer cumplir lo juzgado, excluyendo en el área de los conflictos sometidos a su poder cualquier injerencia de autoridad alguna, nacional o internacional, como se desprende del artículo 73 de la Constitución”⁸.

La Excma. Corte Suprema, en fallo de 14 de septiembre de 2010, recaído en causa Rol N°3493–2010, ha señalado, sobre el concepto de jurisdicción:

“Tercero: Que, históricamente, la jurisdicción nace como consecuencia de la agrupación de los seres humanos en familias, tribus, comunidades y, finalmente, en naciones, pues dicha agrupación es fuente inagotable de conflictos, los que, en su forma primitiva, son solucionados mediante la auto tutela, luego se traspaesa esa solución al jefe de la familia o al jefe de la tribu y, por último, a la autoridad. Sin duda, ese desprendimiento obedece al poder coercitivo que estaba en condiciones de ejercer el

7 COLOMBO CAMPBELL, J. La Jurisdicción en el Derecho Chileno Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales [en línea]. Disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/viewArticle/10351/10407> [fecha de consulta: 20 de enero de 2014].

8 VERDUGO, Mario. “Constitución Política de la República de Chile”, *Sistematizada con Jurisprudencia*. 1ª ed., Santiago, Chile, Abeledo Perrot, 2001, p. 326. Referida a Sentencia del Tribunal Constitucional, 8 de abril de 2002, Rol N°346.

tercero facultado para la solución del problema, en la medida en que estaba revestido de atribuciones para hacer cumplir su decisión.

Cuarto: *Que, por otro lado, etimológicamente, la palabra jurisdicción deriva del vocablo latino jurisdictione, es decir, la declaración del derecho al juicio. Sin embargo, doctrinariamente, cada autor plantea un concepto diferente, pero, en general, coinciden en que la función jurisdiccional deriva de la moderna concepción de la Teoría del Estado, la cual se basa en la separación de tres poderes fundamentales: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, a los que se les atribuyen funciones específicas y en las manifestaciones del Poder del Estado surge la diversificación de funciones, entre las cuales, en lo que interesa, se encuentra la aludida función jurisdiccional. Siguiendo al autor argentino Clemente A. Díaz, es posible señalar que La función jurisdiccional es el poder-deber del Estado político moderno, emanado de su soberanía, para dirimir, mediante organismos adecuados, los conflictos de intereses que se susciten entre los particulares y entre éstos y el Estado, con la finalidad de proteger el orden jurídico (Instituciones de Derecho Procesal. Tomo II. Jurisdicción y Competencia. Volumen A. Teoría de la Jurisdicción. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972). Más simple, pero no por eso menos útil a la controversia, resulta el concepto sugerido por el autor Juan Colombo Campbell, quien señala que es el poder que tienen los tribunales de justicia para resolver, por medio del proceso y con efectos de cosa juzgada, los conflictos de relevancia jurídica en cuya solución les corresponde intervenir (La Jurisdicción. El Acto Jurídico Procesal y la Cosa Juzgada en el derecho Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 1980). Sin duda, implícita en los conceptos transcritos se encuentra la idea en orden a que es el Estado quien ejerce la jurisdicción, a través de sus órganos especializados, esto es, los tribunales de justicia, es decir, forma parte de la soberanía nacional, en la medida que se trata de una función pública.*

Quinto: *Que, en nuestra legislación no existe una definición de la institución de que se trata, sin embargo, la Carta Fundamental contiene disposiciones que orientan en tal sentido. En principio, el artículo 5° dispone La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también por las autoridades que esta Constitución establece.... Por su parte, el artículo 77 establece Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República... Luego y como premisa básica la disposición del artículo 76, el cual establece La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos... Por último, el artículo 19 N°3, inciso quinto, consagra la norma que contiene los conceptos de jurisdicción y debido proceso, en los siguientes términos:... Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al*

legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos....”.

4. La situación de los Jueces de Policía Local

D.S. N°307 de Justicia, del año 1978, que fija el texto refundido de la Ley N°15.231, sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local

Para determinar si los jueces de policía local pueden ser considerados dentro de la categoría de “jueces” a que hemos hecho referencia, es preciso revisar la normativa que regula su organización y atribuciones, contenida en el DS N°307 del Ministerio de Justicia, del año 1978, que fija el texto refundido de la Ley N°15.231, sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local.

Dicho cuerpo legal nos ilustra bastante en cuanto a la naturaleza jurídica de estos tribunales, como se pasa a señalar a continuación:

- Para desempeñar el cargo de juez de policía local, se exigen las calidades y requisitos necesarios para ser juez de letras (Art. 3°).
- Los jueces de policía local tendrán derecho a percibir una asignación mensual por responsabilidad judicial y también tendrán una asignación de incentivo por gestión jurisdiccional, que se concederá teniendo como base los resultados de la calificación que efectúe la Corte de Apelaciones respectiva (art. 5°).
- Los jueces de policía local deberán presentar ante el alcalde el juramento prevenido en el Art. 304 del Código Orgánico de Tribunales⁹ y les será aplicable lo dispuesto en el art. 323 bis del mismo Código¹⁰ (art. 7°).

9 Art. 304 COT: “Todo juez prestará su juramento al tenor de la fórmula siguiente “Juráis por Dios Nuestro Señor y por estos Santos Evangelios, que, en ejercicio de vuestro ministerio, guardaréis la Constitución y las Leyes de la República?

El interrogado responderá: “Sí juro”: y el magistrado que le toma el juramento añadirá: “Si así lo hicieris, Dios os ayude, y si no, os lo demande”.

10 Art. 323 bis COT: Los miembros del escalafón primario y los de la segunda serie del escalafón secundario del Poder Judicial, a que se refieren los artículos 267 y 269, respectivamente deberán, dentro del plazo de treinta días desde que hubieren asumido su cargo, efectuar una declaración jurada de intereses ante un notario de la ciudad donde ejerzan su ministerio, o ante el oficial del Registro Civil en aquellas en que no hubiere Notario.

Se entiende por intereses los que sean exigibles para la declaración a que se refiere el artículo 60 de la Ley N°18.575.

El original de la declaración será protocolizado en la misma notaría donde fue prestada o en una notaría con jurisdicción en el territorio del tribunal a que pertenezca el declarante, y se remitirá copia de la protocolización a la secretaría de la Corte Suprema y de

- A los jueces de policía local les será aplicable lo dispuesto en los Art. 84, 85 y 86 de la Constitución Política de la República; durarán, por consiguiente, indefinidamente en sus cargos y no podrán ser removidos ni separados por la Municipalidad (art.8°).¹¹ Respecto de este punto, es preciso hacer presente que los artículos a los que hace referencia la ley corresponden a la Constitución de 1925¹², ya que la ley es del año 1963. Actualmente, esa normativa se replica, casi en su totalidad, en los arts. 79, 80 y

la respectiva Corte de Apelaciones, donde se mantendrá para su consulta pública. Cualquier persona podrá obtener copia del instrumento protocolizado.

La declaración deberá ser actualizada cuando el funcionario fuere nombrado en un nuevo cargo o dentro de los treinta días siguientes al cumplimiento del próximo cuatrienio, si no se hubiere efectuado un nuevo nombramiento.

La omisión de la declaración será sancionada por el superior jerárquico que corresponda, en la forma y con las sanciones que establece el Título XVI.

- 11 No existe una norma adecuatoria que haga referencia al cambio del articulado de la actual Constitución Política de la República, sin embargo entendemos que una interpretación lógica y sistemática nos permite concluir que las actuales normas constitucionales, referidas a los mismos temas, les son aplicables a los jueces de Policía Local.

- 12 CPR 1925. Art. 84. Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia de las leyes que reglan el proceso y, en general, por toda prevaricación o torcida administración de justicia. La ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad.

Art. 85. Los jueces permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento; pero los inferiores desempeñarán su respectiva judicatura por el tiempo que determinen las leyes.

Los jueces, sean temporales o perpetuos, sólo podrán ser depuestos de sus destinos por causa legalmente sentenciada.

No obstante, el Presidente de la República, a propuesta o con acuerdo de la Corte Suprema, podrá autorizar permutas, u ordenar el traslado de los jueces a otro cargo de igual categoría.

En todo caso, la Corte Suprema, por requerimiento del Presidente de la República, a solicitud de parte interesada, o de oficio, podrá declarar que los jueces no han tenido buen comportamiento, y, previo informe del inculpado y de la Corte de Apelaciones respectiva, acordar su remoción, por las dos terceras partes de sus miembros.

Anualmente se practicará una calificación de todo el personal del Poder Judicial, en la forma que determine la ley.

Para acordar la remoción del personal que goce de inamovilidad y que sea mal calificado, la Corte Suprema requerirá del acuerdo de la mayoría de sus miembros en ejercicio.

Los acuerdos que adopte la Corte Suprema se comunicarán al Presidente de la República para su cumplimiento.

ART. 86. La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los Tribunales de la Nación, con arreglo a la ley que determine su organización y atribuciones.

La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal, contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación.

Conocerá, además, en las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales de Justicia que no correspondan al Senado.

82, con la sola diferencia de que en la actualidad la Constitución establece que los jueces durarán en sus cargos hasta los 75 años, a diferencia de antaño, en que tenían el carácter de perpetuos.

- Los jueces de Policía Local estarán directamente sujetos a la supervigilancia directiva, correccional y económica de la respectiva Corte de Apelaciones, y deben remitir informes de gestión a dicha Corte cada tres meses, los que serán considerados en la calificación de los jueces (art. 8).
- Se les hacen aplicables a los jueces de Policía Local, en lo que fuere pertinente, los arts. 273, 275, 277 y 278 del Código Orgánico de Tribunales, que trata sobre el proceso de calificación de los jueces miembros del Poder Judicial.
- Los Jueces de Policía Local pueden reprimir y castigar las faltas o abusos que se cometieren dentro de su sala, pudiendo imponer sanciones, tales como amonestación verbal, multa, arresto que no exceda de 24 horas, y también podrán reprimir las faltas que se cometan en los escritos que se les presenten, utilizando alguno de los medios señalados en los N°1, 2 y 3 del art. 531 del Código Orgánico de Tribunales (art. 10).
- Por otra parte, dentro de la competencia de los jueces de Policía Local está la de resolver diversos tipos de conflictos, derivados de infracciones de variada índole (Ley del Tránsito, arrendamientos de menor cuantía, ordenanzas municipales, etc.), y la de regular los daños y perjuicios en materia de accidentes de tránsito (arts. 13 y 14). Ello tiene un correlato en la Ley 18.287, que establece el procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, en el que se habla de “sentencias definitivas” como aquellas resoluciones que este juez especial debe dictar para resolver los conflictos que debe conocer, tanto al fallar la contienda infraccional, e incluso, las demandas civiles que se presentaren. Estas decisiones son apelables ante la Corte de Apelaciones respectiva (al efecto los arts. 17, 29 y 32 entre otros), y además, este Juez tiene la facultad de hacer cumplir compulsivamente lo juzgado (en ese sentido los arts 17, 23 y 25, entre otros).

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El fallo de 2 de febrero de 1999 recaído en causa Rol 284-2009, se pronunció sobre la constitucionalidad del proyecto de ley que modificaba la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en materia de gestión municipal. En lo pertinente, al efectuar el análisis de constitucionalidad de la incorporación de un inciso final al Art. 77 de la referida ley, que establecía la aplicación de una multa a los concejales por infracción a determinada conducta, la que debería ser impuesta por el Juez de Policía Local, estuvo por declarar la inconstitucionalidad de dicha norma.

Lo anterior, por cuanto dicho precepto no fue puesto en conocimiento previo de la Corte Suprema, lo que relacionado con el artículo 16 de la Ley N°18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, provocó un vicio formal en la tramitación del proyecto sujeto a control del Tribunal respecto del precepto en estudio, toda vez que el art. 74 inc. 2° de la Constitución dispone: *“La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva”*.

Podemos concluir, entonces, que el Tribunal Constitucional ha entendido que los Juzgados de Policía Local deben considerarse incorporados dentro de la terminología “tribunales”, empleada por el constituyente.

Por su parte, la Excma. Corte Suprema, en variados fallos, ha dejado establecido el principio de legalidad en relación con la creación y organización de los tribunales.

5. Delitos ministeriales

Finalmente, en relación con la querrela de capítulos, es preciso destacar que se trata de un antejuicio para hacer efectiva la responsabilidad penal de los jueces y demás sujetos señalados en el art. 424 del Código Procesal Penal, por actos que hubieren ejecutado en el ejercicio de sus funciones e importen una infracción penada por ley.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia está conteste en que a diferencia del fuero parlamentario, no es necesario proceder a elevar una querrela de capítulos respecto de un juez que ha cometido un delito común, fuera del ámbito de sus funciones.

La responsabilidad ministerial en la querrela de capítulos, según detalla el abogado Carlos Dörn Garrido¹³, puede emanar de dos tipos de acciones: a) aquellas que sólo puede ejecutar un agente público mediante el ejercicio irregular de sus potestades. Ejemplo: delitos funcionarios propios como el cohecho, malversación, prevaricación; o b) aquellas que realiza un agente del Estado con motivo u ocasión del desempeño de sus funciones. Ejemplo, fiscal que injuria a un abogado en una audiencia. En este caso no existe un ejercicio de las actividades propias.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Iltrma. Corte de Apelaciones de Rancagua, en querrela de capítulos Rol N°123.937, de fecha 24 de noviembre de 1994, considerandos 2° y 3°:

13 DÖRN, ob. cit., 7

“Segundo: Que, en los términos de la disposición legal citada, no cualquiera infracción penal cometida por los funcionarios a que la norma alude requiere de la autorización previa para procesar que constituye la querrela de capítulos, puesto que ella ha sido concebida para proteger la actividad jurisdiccional de las eventuales interferencias deliberadamente dirigidas por terceros en contra de su ejercicio;

Tercero: Que los hechos investigados como presuntivamente punibles no integran el conjunto de infracciones de carácter ministerial que hacen necesaria la declaración de admisibilidad referida en la norma ya citada, quedando sujetos a las normas generales y ordinarias de procesabilidad criminal”.

Recientemente, la I. Corte de Apelaciones de Iquique, también ha concordado con esta posición, conociendo de una apelación interpuesta por el Ministerio Público respecto de la denegatoria de prisión preventiva, por estimar el Juzgado de Garantía que se requería previamente una querrela de capítulos, Rol I N°125-2011 y acumulada a la causa Rol N°126-2011. El tribunal de alzada resolvió lo siguiente, con fecha 26 de noviembre de 2011:

“...lo cierto es que, por una parte, los sucesos imputados a la referida Juez ocurrieron con anterioridad a su nombramiento como tal, hecho producido el 3 de febrero de 2009, y, por otra parte, que el fuero contemplado en las normas resuelta aplicable sólo para delitos ministeriales, esto es, cometidos durante su ejercicio, cuyo no es el caso, razones por las que SE REVOCA la resolución apelada dictada en audiencia de cuatro de noviembre pasado, que rechaza la medida cautelar solicitada respecto de doña A.S.E., por considerar necesaria una querrela de capítulos, DECLARÁNDOSE que tal diligencia es improcedente, debiendo el Juez que corresponda pronunciarse sobre la cautelar peticionada, previo debate”.

Sin perjuicio de que puede existir discusión sobre si se requiere querrela de capítulos para hacer efectiva la responsabilidad penal de los jueces por otros delitos funcionarios distintos de la prevaricación en sus distintas modalidades, como pudiere ser el caso de abusos a particulares u otros de carácter patrimonial¹⁴, no hay duda alguna que son delitos ministeriales de los jueces todas

14 Por sentencia de 31 de enero de 1957, recaída en una querrela de capítulos presentada en contra del entonces Juez Letrado del Primer Juzgado de Concepción, el Ministro Sumariante don Raúl de Goyeneche Petit, concluyó en su fundamento quinto: “Que de todo lo expuesto se infiere que solo puede perseguirse la responsabilidad de un juez por alguno de los delitos que señala el Código Penal en el título de la “Prevaricación”, que haya cometido como tal”, fundamento que mantuvo la Corte conociendo del recurso de apelación. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LIV, 1957, Segunda Parte, Sección Cuarta, págs. 139 y sgtes. En similar sentido, razona la Iltma. Corte de Apelaciones de Copiapó, conociendo de querrela de capítulos, Rol N°39-06, con fecha 21 de marzo de 2006 (considerandos 5° y 7°): “5) Que de conformidad a lo previsto en el artículo 424 del Código Procesal Penal, la querrela de capítulos tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad criminal de los jueces, fiscales judiciales y fiscales del Ministerio Público por actos que hubieren ejecutado en el ejercicio de sus funciones e importaren una infracción penada por la ley, norma que en lo sustancial es idéntica a la del artículo 623 del Código de Procedimiento Penal...”
7) Que según lo señalado precedentemente, no en todos los casos se exige la presentación de una querrela de capítulos en contra de un juez, sino que solamente en aquellas cuya responsabilidad criminal emane de actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones que importaren

aquellas conductas descritas en los arts. 223 a 226 del Código Penal, las que se consideran como prevaricación, en la medida que se realicen mientras se encuentren desempeñando dichos cargos.

De acuerdo con las normas citadas, son sujetos activos de estos delitos los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los fiscales judiciales. Para Rodríguez y Ossandón, "(...) *No interesa la denominación – ministro, juez, abogado integrante, etc.–, ni la calidad jurídica en virtud de la cual*

una infracción penada por la ley, y como ya se dijo, la norma constitucional define, en general, como toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones".

"La Excm. Corte Suprema, en querrela de capítulos, resolvió que los jueces quedan excluidos como posibles sujetos activos del delito de abusos contra particulares, de los artículos 255, 256 y 257 del Código Penal, según se desprende de las actas de las sesiones 31 y 33 de la Comisión Redactora del Código Penal, donde consta que en el pensamiento de los redactores, las infracciones cometidas por los jueces serían materia de un párrafo especial, que en definitiva fue el párrafo 4 del Título V del Libro II del Código Penal, sobre prevaricación". (ETCHEBERRY, Alfredo. El Derecho Penal en la Jurisprudencia, Tomo III, 1ª ed., 1968, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, págs. 429 y 430). Agrega el autor que "...en efecto, puede agregarse que el artículo 223 N°3 sanciona como prevaricación, y con pena bastante más elevada, la misma conducta que aparece penada como "abusos contra particulares" en el artículo 258, lo que habría sido innecesario en caso de estimarse que los jueces eran sujetos activos posibles de este último delito".

En la Sesión N°31 de la Comisión Redactora del Código Penal, llevada a cabo el 21 de abril de 1871, se deja asentado que "...el señor Fabres llamó la atención de la Comisión hacia la conveniencia de destinar un párrafo especial en el presente título a los delitos que pueden cometer los jueces en el desempeño de sus funciones; debiendo, en caso de aprobarse esta medida, entenderse, que las prescripciones del párrafo 4° que trata "De los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la constitución," comprendan sólo a los demás empleados públicos, exceptuados los jueces. El señor Reyes apoyó la indicación del señor Fabres, i aceptada por los demás miembros, prometió aquel presentar un proyecto que tiene redactado de tiempo atrás sobre la materia, para que si la Comisión lo creía aceptable, pudiera servir de base a sus trabajos" (sic). A su turno, en la Sesión N°33 de la mencionada Comisión Redactora, efectuada el 28 de abril de 1871, se señaló que "Aun cuando los N°5° del Art. 136 i 1° i 2° del 137 –actuales 149 No 5 y 150–, pudiera creerse que tienen aplicación a los jueces, se acordó recordar aquí, para mayor claridad, que semejantes delitos i otros cometidos por los jueces o miembros de los tribunales de justicia, serán materia de un párrafo especial..." (sic). (Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora. Valparaíso, Edeval, 1974, págs. 309 y 312).

La SCS de fecha 25 de abril de 2006, dictada en causa Rol N°1565-06, rechazó la apelación interpuesta por el Ministerio Público en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó que declaró inadmisibles la querrela de capítulos entablada en contra del Juez de Letras y Garantía de Chañaral, por sus actuaciones referidas a su orden de esposar a un menor de edad, dentro de la sala de audiencias de su Tribunal, hechos que a juicio del Ministerio Público eran constitutivos del delito de abuso contra particulares tipificado en el artículo 255 del Código Penal. Con fecha 21 de marzo de 2006, Rol N°39-2006, la I. Corte de Apelaciones de Copiapó resolvió declarar inadmisibles la querrela de capítulos formulada contra el juez basándose en la inaplicabilidad del Art. 255 del Código Penal, a la conducta del imputado, atendido a que la querrela de capítulos sería un antejudio indispensable para perseguir la responsabilidad de los jueces por alguno de los delitos que hayan cometido en el desempeño de sus funciones; que el Código Penal tipifica los delitos funcionarios que pueden cometer los jueces en el título de la "Prevaricación", excluyéndose de esa calidad cualquier otro delito funcionario. Esto es, que los jueces únicamente pueden ser sujetos activos –en su condición de jueces–, de dicha clase de ilícitos, las distintas figuras de la prevaricación". Se funda en la cita de fallos de la Corte Suprema de 1905 y 1957, y de las opiniones vertidas en la comisión redactora del Código Penal. La Corte Suprema con fecha 25 de abril de 2006, en causa Rol N°1565-06, resolvió, teniendo únicamente presente los fundamentos décimo cuarto a décimo octavo del fallo en alzada, confirmar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó. De ese modo, el máximo tribunal eliminó los considerandos del fallo de la Corte de Apelaciones, relativos a la supuesta impunidad de los jueces por delitos que no sean de prevaricación.

un individuo ejerce la función decisoria judicial –titular, suplente, interino, subrogante, etc.–. En la medida en que todos ellos ejercen funciones jurisdiccionales bajo un mismo estatus de independencia, inamovilidad y sujeción exclusiva al imperio de la ley, han de ser igualmente responsables¹⁵.

Por otra parte, los mismos autores señalan que “(...) Cuando se trata de tribunales que no forman parte del Poder Judicial, resulta necesario determinar en cada caso si se dan las condiciones para estimar a sus miembros como autores plausibles del delito. Ello sólo será posible en la medida en que ejerzan funciones propiamente jurisdiccionales y gocen de las garantías propias de independencia e inamovilidad que la Constitución atribuye a la jurisdicción como función de la Administración de Justicia; garantías que aparecen como características propias de los órganos respectivos, pero que en realidad configuran un determinado modo de desempeño de la función¹⁶.”

De este modo, podemos decir que pueden ser sujeto activo de un delito de prevaricación, todos aquellos jueces que forman parte del Poder Judicial como tribunales ordinarios o especiales, y también aquellos jueces pertenecientes a tribunales especiales, que no forman parte del Poder Judicial, pero que ejercen la jurisdicción acompañados de las garantías de independencia e inamovilidad que la Constitución asegura.

La responsabilidad de los jueces aparece tratada en los artículos 324 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales¹⁷. Esta normativa debe ser tenida en

15 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 187.

16 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 188.

17 Art. 324. “El cohecho, la falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, la denegación y la torcida administración de justicia y, en general, toda prevaricación o grave infracción de cualquiera de los deberes que las leyes imponen a los jueces, los deja sujetos al castigo que corresponda según la naturaleza o gravedad del delito, con arreglo a lo establecido en el Código Penal. Esta disposición no es aplicable a los miembros de la Corte Suprema en lo relativo a la falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento ni en cuanto a la denegación ni a la torcida administración de la justicia”.

Art. 325. “Todo juez delincuente será, además civilmente responsable de los daños estimables en dinero que con su delito hubiere irrogado a cualesquiera personas o corporaciones”.

Art. 326. “La misma responsabilidad civil afectará al juez si el daño fuere producido por un cuasidelito”.

Art. 327. “La responsabilidad civil afecta solidariamente a todos los jueces que hubieren cometido el delito o concurrido con su voto al hecho o procedimiento de que ella nace”.

Art. 328. “Ninguna acusación o demanda civil entablada contra un juez para hacer efectiva su responsabilidad criminal o civil podrá tramitarse sin que sea previamente calificada de admisible por el juez o tribunal que es llamado a conocer de ella”.

Art. 329. No podrá hacerse efectiva la responsabilidad criminal o civil en contra de un juez mientras no haya terminado por sentencia firme la causa o pleito en que se supone causado el agravio.

consideración al momento de intentar hacer efectiva la responsabilidad penal de los jueces, en particular los arts. 329 y 330, que exigen que la sentencia en la que se hubiere causado el agravio se encuentre firme y que no se puede deducir acusación transcurridos que sean seis meses desde que se le hubiere notificado lo resuelto en la sentencia firme al agraviado.

Esas normas deben ser compatibilizadas con la eventual presentación de la querrela de capítulos, toda vez que dentro del plazo de seis meses debe efectuarse la investigación, la formalización, la aceptación de los capítulos y la acusación, situación que se analizará más adelante.

La investigación de hechos que puedan considerarse delitos ministeriales se rige por las normas comunes contenidas en el libro segundo del Código Procesal Penal. No existe impedimento, si la pena lo permite, para someter el asunto a la tramitación de alguno de los procedimientos especiales, sea el simplificado o el abreviado.

6. Regulación procesal de la querrela de capítulos

La legislación vigente que regula la querrela de capítulos, en el artículo 425 del Código Procesal Penal dispone que *“Una vez cerrada la investigación, si el fiscal estimare que procede formular acusación por crimen o simple delito contra un juez, un fiscal judicial o un fiscal del Ministerio Público, remitirá los antecedentes a la Corte de Apelaciones correspondiente, a fin de que si hallare mérito, declare admisibles los capítulos de acusación”*.

La presentación de la querrela de capítulos debe realizarse antes de acusar al imputado, pero no se exige como requisito para formalizar la investigación en contra del mismo. En el caso de ser procedente la tramitación de acuerdo al procedimiento simplificado, estimamos que debe tenerse en consideración la

Art. 330. No puede deducirse acusación o demanda civil contra un juez para hacer efectiva su responsabilidad criminal o civil si no se hubieren entablado oportunamente los recursos que la ley franquea para la reparación del agravio causado, ni cuando hayan transcurrido seis meses desde que se hubiere notificado al reclamante la sentencia firme recaída en la causa en que se supone inferido el agravio. Para las personas que no fueren las directamente ofendidas o perjudicadas por el delito del juez cuya responsabilidad se persigue, el plazo de seis meses correrá desde la fecha en que se hubiere pronunciado sentencia firme. Siempre que, por el examen de un proceso o de los datos o documentos estadísticos, o por cualquier otro modo auténtico, llegaren a noticia de un tribunal antecedentes que hagan presumir que un juez o funcionario del ministerio publico ha cometido en el ejercicio de sus funciones algún crimen, o simple delito, mandará sacar compulsas de los antecedentes o datos que reciba al respecto, y los hará pasar al ministerio publico, para que entable en el término de seis días la respectiva acusación contra el funcionario responsable. Art. 331. Ni en el caso de responsabilidad criminal ni en el caso de responsabilidad civil la sentencia pronunciada en el juicio de responsabilidad alterará la sentencia firme.

redacción del actual artículo 390 modificado por la Ley 20.074 publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de noviembre de 2005.¹⁸

Así entonces, cuando los antecedentes lo ameriten y hasta la interposición de la acusación, el fiscal podrá dejar sin efecto la formalización de la investigación que ya hubiere realizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 390, y proceder conforme a las normas del procedimiento simplificado, para lo cual deberá presentar la querrela de capítulos antes de formular el requerimiento.

La segunda hipótesis del inciso segundo del artículo 390, también agregado por la Ley 20.074 antes referida, considera que la acusación ya ha sido formulada, por lo que debe considerarse que la querrela de capítulos ya fue presentada y declarada admisible por la Corte de Apelaciones. Así entonces, la acusación se tendrá como requerimiento debiendo el juez disponer la continuación del procedimiento en conformidad a las normas del procedimiento simplificado.

El inciso tercero del artículo 425 señala que “(...) igual declaración a la prevista en el inciso primero...”, esto es, se declaren admisibles los capítulos de acusación por la Corte de Apelaciones respectiva, “...requerirá el fiscal si, durante la investigación, quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva de algunas de esas personas u otra medida cautelar en su contra”.

El artículo 426 prescribe que “(...) si un juez, un fiscal judicial o un fiscal del Ministerio Público fuere detenido por haberse sorprendido en delito flagrante, el fiscal lo pondrá inmediatamente a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva. Asimismo, remitirá la copia del registro de las diligencias que se hubieren practicado y que fueren conducentes para resolver el asunto”. En primer lugar, creemos que la voz “inmediatamente” que se usa para referirse al momento en que el funcionario debe ser puesto a disposición de la Corte de Apelaciones, dice relación con el plazo máximo del inciso final del artículo 131 del Código Procesal Penal que se refiere a la detención por flagrancia. En este caso, la Corte deberá examinar la legalidad de la detención.

El fiscal además debe remitir el registro de las diligencias que se hubieren practicado y que fueren conducentes para resolver el asunto. Creemos que se refiere a la legalidad de la detención, por cuanto a esta altura del procedi-

18 Artículo 390 Código Procesal Penal.- Requerimiento. “Recibida por el fiscal la denuncia de un hecho constitutivo de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 388, solicitará del juez de garantía competente la citación inmediata a audiencia, a menos que fueren insuficientes los antecedentes aportados, se encontrare extinguida la responsabilidad penal del imputado o el fiscal decidiere hacer aplicación de la facultad que le concede el artículo 170. De igual manera, cuando los antecedentes lo ameritaren y hasta la deducción de la acusación, el fiscal podrá dejar sin efecto la formalización de la investigación que ya hubiere realizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 230, y proceder conforme a las reglas de este Título”.

miento aún no se ha presentado la querrela de capítulos, según lo dispone el inciso primero del artículo 425 del Código Procesal Penal.

Contenido de la querrela de capítulos

El inciso segundo del artículo 425 nos indica cual debe ser el contenido de la querrela de capítulos, en cuanto a que ésta debe contener los hechos que constituyeren la infracción de la ley penal cometida por el funcionario capitulado. Sin perjuicio de lo anterior, creemos que por la redacción del artículo 425, lo que debe remitirse a la Corte correspondiente es la acusación propiamente tal, y en este sentido el escrito debe cumplir los requisitos del artículo 259, esto es, debe contener la individualización de el o los acusados y de su defensor; la relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y su calificación jurídica; la relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurrieren, aun subsidiariamente de la petición principal, la participación que se le atribuyere al querrellado; la expresión de los preceptos legales aplicables; el señalamiento de los medios de prueba de que el Ministerio Público pensare valerse en el juicio; la pena cuya aplicación se solicitare; y, en su caso, la solicitud de que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado.

Si el fiscal ofreciere rendir prueba de testigos e informe de peritos, deberá indicarlo en el escrito que contenga la querrela de capítulos, individualizándolos del modo indicado en la citada norma.

La querrela sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.

El artículo 247 del Código Procesal Penal plantea otra situación práctica en relación con el plazo de diez días que tiene el fiscal para presentar la acusación una vez cerrada la investigación. Este plazo no se suspende por el hecho de encontrarse pendiente la resolución de la Corte de Apelaciones respecto de la querrela de capítulos, por lo que paralelamente con la presentación de aquella, creemos que debería presentarse el escrito de acusación ante el Juez de Garantía, dentro del plazo de 10 días de cerrada la investigación solicitando, en un otrosí del mismo escrito, que no se provea la acusación y que se suspenda el procedimiento en relación al aforado imputado hasta que exista un pronunciamiento de los Tribunales Superiores acerca de si concede o no el alzamiento del privilegio procesal, de forma que si la resolución es favorable, se permitiría continuar con el procedimiento, proveyendo el escrito de acusación solamente en dicho evento y oportunidad.

Efectos de la sentencia que declara admisible la querrela de capítulos

Dispone el artículo 428 que “(...) cuando por sentencia firme se hubieren declarado admisibles todos o algunos de los capítulos de acusación, el fun-

cionario capitulado quedará suspendido del ejercicio de sus funciones y el procedimiento penal continuará de acuerdo a las reglas generales”.

El inciso segundo señala que “(...) *sin embargo, en el caso a que se refiere el inciso primero del artículo 425, el juez de garantía fijará de inmediato la fecha de la audiencia de preparación de juicio oral...*”. Esta disposición hay que interpretarla en relación con los dos momentos en que procede presentar la querrela de capítulos a que se refieren los incisos primero y tercero del artículo 425. Así entonces, si lo que se requiere es solicitar al Juez de Garantía la prisión preventiva del capitulado u otra medida cautelar en su contra, y se acogiere la querrela de capítulos por la Corte de Apelaciones, el funcionario quedará suspendido de sus funciones y el procedimiento continuará conforme a las reglas generales.

En el caso que una vez cerrada la investigación, el fiscal estimare que procede formular acusación por crimen o simple delito, y la Corte de Apelaciones declare admisible la querrela de capítulos, el Juez de Garantía fijará de inmediato la fecha de la audiencia de preparación de juicio oral. Recobra importancia aquí el que la querrela de capítulos contenga los mismos requisitos que la acusación, y que ésta última sea presentada conjuntamente con aquella.

La audiencia de preparación de juicio oral deberá verificarse dentro de los quince días siguientes a la recepción de los antecedentes por el Juzgado de Garantía. A su vez, la audiencia del juicio oral deberá iniciarse dentro del plazo de quince días contados desde la notificación del auto de apertura del juicio oral. Con todo, se aplicarán los plazos previstos en las reglas generales cuando el imputado lo solicitare para presentar su defensa, es decir, los plazos indicados son renunciables por parte del capitulado, conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 428 CPP.

Efectos de la sentencia que declara inadmisibles la querrela de capítulos

Si en el caso de que una vez cerrada la investigación, el fiscal estimare que procede formular acusación por crimen o simple delito, y la Corte de Apelaciones declare inadmisibles todos los capítulos de acusación comprendidos en la querrela, tal resolución producirá los efectos del sobreseimiento definitivo respecto del juez, fiscal judicial o fiscal del Ministerio Público favorecido con aquella declaración.

Por razón de texto, entonces, debe concluirse que si se está ante la situación del inciso tercero del artículo 425, esto es, si lo que se requiere es solicitar al Juez de Garantía la prisión preventiva del capitulado u otra medida cautelar en su contra, y la Corte de Apelaciones declare inadmisibles todos los capítulos de acusación comprendidos en la querrela, dicha resolución no producirá los efectos del sobreseimiento definitivo. Así entonces, el fiscal deberá continuar adelante con la investigación y una vez cerrada ésta presentar la respec-

tiva querrela de capítulos nuevamente, con más antecedentes, si se cumplen los requisitos del inciso primero del artículo 425.

Tratándose de un delito de acción privada, si la Corte de Apelaciones declare inadmisibles todos los capítulos de acusación comprendidos en la querrela, el Juez de Garantía no admitirá a tramitación la misma y archivará los antecedentes.

Recursos en contra de la resolución que se pronuncia respecto de la querrela de capítulos

La resolución que se pronunciare sobre la querrela de capítulos será apelable ante la Corte Suprema. Al respecto hay que tener presente lo prescrito en el artículo 368 CPP en cuanto a que “la apelación se concederá en el solo efecto devolutivo, a menos que la ley señalare expresamente lo contrario”, de acuerdo con las reglas generales.

En el inciso primero del artículo 428 CPP se exige que la sentencia que hubiere declarado admisibles todos o algunos de los capítulos de acusación, se encuentre firme para que se produzca la suspensión del funcionario. Conviene tener presente que el artículo 355 CPP dispone que “la interposición de un recurso no suspenderá la ejecución de la decisión, salvo que se impugnare una sentencia definitiva condenatoria o que la ley dispusiere expresamente lo contrario”.

La sentencia que se pronuncia respecto de la querrela de capítulos no tiene la naturaleza jurídica de sentencia definitiva condenatoria, ni tampoco la ley ha regulado o dispuesto en ambos efectos la apelación que se concede a su respecto, por lo que los efectos de la misma no se suspenden por la interposición del recurso, produciéndolos desde que le es notificada a los intervinientes.

7. Conclusiones

La responsabilidad penal de los jueces por delitos ministeriales debe hacerse efectiva previa presentación y declaración de admisibilidad de una querrela de capítulos ante la Corte de Apelaciones respectiva, de acuerdo a lo preceptuado por el Código Procesal Penal.

Dentro de los delitos ministeriales que generan responsabilidad penal para los jueces, se encuentra el delito de prevaricación. Pueden cometer este delito no sólo los jueces pertenecientes al Poder Judicial, sino también aquellos que ejerzan jurisdicción y se encuentren amparados por las garantías constitucionales de independencia e inamovilidad.

El objeto de la querrela de capítulos es justamente garantizar dicha independencia, objetividad e imparcialidad en el ejercicio de las funciones que corres-

ponden a los jueces, fiscales judiciales y fiscales del Ministerio Público frente a acusaciones infundadas.

Por consiguiente, sólo se requerirá querrela de capítulos para hacer efectiva la responsabilidad penal ministerial, y, por el contrario, no será necesaria cuando se trate de responsabilidad penal por delitos comunes. No existe una posición conteste de la jurisprudencia sobre si se requiere para hacer efectiva su responsabilidad por otros delitos funcionarios.

Tampoco se requerirá querrela de capítulos, cuando aun tratándose de hacer efectiva responsabilidad penal por delito ministerial respecto de un juez, fiscal judicial o fiscal del Ministerio Público, éstos ya no detenten sus cargos.

Los Jueces de Policía local son tribunales especiales, establecidos por ley, no pertenecientes al Poder Judicial, a quienes se exige el cumplimiento de los mismos requisitos establecidos para el resto de los jueces, y deben prestar el respectivo juramento. Ellos ejercen jurisdicción, sometidos a la supervigilancia directiva, correccional y económica de la respectiva Corte de Apelaciones, y gozan de independencia e inamovilidad de acuerdo con la Constitución Política de la República.

A los Jueces de Policía Local se les aplican expresamente las normas constitucionales de responsabilidad penal por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación de administración de justicia y en general de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

De acuerdo con lo expuesto precedentemente, se estima que aun cuando no hay una referencia expresa hacia los Jueces de Policía Local en el Código Procesal Penal, el hecho de que la norma del art. 424 se refiera a los “jueces”, en general, sin referencia a que formen parte del Poder Judicial, y teniendo presente que ejercen jurisdicción y que, por lo tanto, se cumple con el objetivo de la querrela de capítulos que no es otro que proteger esa función, se hace necesaria la procedencia de este antejuicio a su respecto, para hacer efectiva su responsabilidad penal por delitos ministeriales, descartando las acusaciones poco serias o infundadas que buscaren afectar el ejercicio de tan alta función pública.

UNIDAD ESPECIALIZADA
DE TRÁFICO ILÍCITO
DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

FACULTADES DE LA POLICÍA MARÍTIMA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TERRITORIO MARÍTIMO Y DE MARINA MERCANTE

Renzo Figueroa Aste¹

Introducción

El presente artículo tiene su fundamento en la investigación llevada a cabo por la Fiscalía Local de Iquique y la sentencia de fecha 12 de agosto de 2013 recaída en la causa RUC N°1100365553-0, dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, en cuyo desarrollo y posterior recurso de nulidad se discutieron principalmente las facultades y competencia de la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante de la Armada de Chile como auxiliar del Ministerio Público en las tareas de investigación y las posibles ilicitudes y vulneración de derechos que de su actuar pudieron derivarse en la investigación de este tráfico ilícito de drogas por vía marítima, en el que se trasladó droga desde Perú para ser desembarcada en nuestro país, específicamente en Caleta Vitor, al sur de Arica, el día 25 julio de 2012, logrando la detención de los condenados y la incautación de 38 paquetes de marihuana que en total arrojaron un peso neto de 34,1 kilos.

En relación a ello, revisaremos la normativa que rige a DIRECTEMAR en lo relativo a sus facultades y competencias, para luego abocarnos al análisis de las resoluciones y fallos que motivaron los recursos procesales interpuestos por las partes, principalmente lo resuelto por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique y la Excelentísima Corte Suprema que, adelantándonos a la conclusión, confirma que la Dirección General de Territorio Marítimo y de Marina Mercante es en definitiva una policía marítima, auxiliar del Ministerio Público, con facultades y competencias para investigar hechos que revistan la calidad de delitos.

La Dirección General de Territorio Marítimo y de Marina Mercante (DIRECTEMAR) como policía marítima

Las funciones de policía marítima, fluvial y lacustre de la Dirección General de Territorio Marítimo y de Marina Mercante, están reguladas en la Ley Orgánica Constitucional de la mencionada Dirección, DFL N°292 del año 1953.

1 Abogado de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

De esta forma, el artículo 3° letra l) establece que entre sus funciones está ejercer como Policía Marítima, Fluvial y Lacustre, pudiendo efectuar allanamientos, incautaciones y arrestos, dentro de sus funciones de Policía Marítima, agregando su artículo 7°, que en el ejercicio de tal atribución el Director tendrá autonomía en sus decisiones.

El artículo 34 del mismo cuerpo legal, establece que:

“La Autoridad Marítima, sin perjuicio de sus demás funciones y facultades, podrá llevar a cabo en el mar territorial y en aguas interiores, las actividades que se señalan a continuación, en las circunstancias que en cada caso se indican:

a) Dar cumplimiento a las instrucciones que impartan los fiscales del Ministerio Público respecto de personas que pudieren encontrarse en naves o artefactos navales; respecto de dichas naves o artefactos, o de los recintos portuarios, y

b) Realizar en los recintos portuarios y en las naves o artefactos navales las actuaciones que el Código Procesal Penal permite que la policía efectúe sin recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales, informando sobre ellas de inmediato al Ministerio Público”.

En virtud del artículo transcrito, y como en su momento lo señaló el Ministerio Público², lo que quiso el legislador fue otorgar a DIRECTEMAR el mismo tratamiento y atribuciones que constitucional y legalmente corresponden a las demás policías, reforzando su calidad de policía marítima, establecida en el artículo 3° letra l) y 7° de su Ley Orgánica en cuanto al desarrollo de funciones en los lugares en que normalmente no actúan las policías tradicionales, sujeta a las mismas limitaciones que éstas tienen en el marco de la reforma procesal penal, con excepción de la facultad de efectuar allanamientos, incautaciones y arrestos, la que aún no estando derogada, sería a juicio del Ministerio Público contraria a la Constitución Política y al Código Procesal Penal, por cuanto el ejercicio de dicha facultad requiere necesariamente autorización judicial previa por la afectación de garantías que ello implica.

En el caso de situaciones de flagrancia, DIRECTEMAR tiene atribuciones como ente policial para proceder a controlar la identidad, detenciones y también atribuciones de carácter administrativo y de fiscalización que le confieren las restantes normas del artículo 3° de su ley orgánica.

Por su parte, dentro de un aspecto netamente administrativo, la Capitanía de Puerto y en específico la Policía Marítima tiene por función, según los artículos 5° y 6° del DS 1340³, el orden, seguridad y disciplina en los puer-

2 Oficio FN N°281 de 10 de julio de 2002.

3 Chile, Decreto Supremo. (M) N°1.340 bis de 14 de junio de 1941, publicado en Diario Oficial N°19.047, de 27 de agosto de 1941.

tos, naves y embarcaciones fondeadas o en navegación, pudiendo inspeccionar toda maniobra o faena que se efectúe en la bahía o en su jurisdicción, incluidas las operaciones que se efectúen a bordo de embarcaciones de cualquier clase por orden de otra autoridad, quien debe realizarla previo conocimiento de la autoridad marítima, lo anterior se encuentra estrechamente relacionado con lo señalado en los artículos 95 y 96 de la Ley de Navegación, Decreto Ley N°2.222, que establece que será DIRECTEMAR quien ejercerá la policía marítima, teniendo un carácter de fuerza pública.

Efectuado el análisis de la normativa aplicable a DIRECTEMAR como policía marítima, no vemos inconveniente en que realice dicha función en aguas exteriores e interiores, lacustres, fluviales y franjas de tierra contempladas en su ley orgánica, e incluso fuera de ellas cuando cumple con las instrucciones que provengan de un Fiscal del Ministerio Público, actuando con las mismas facultades que Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones de Chile, incluso sin orden previa cuando se trata de las situaciones establecidas en los artículos 83 y 85 del Código Procesal Penal.

Resolución del Juzgado de Garantía de Iquique que excluyó la prueba de la Fiscalía, en audiencia de preparación del juicio oral, en causa RUC N°110036553-0

Contrariamente a nuestra opinión, el Juzgado de Garantía de Iquique, en audiencia de preparación de juicio oral, previo a resolver respecto de la solicitud de exclusión de prueba de, entre otras, 19 testigos, funcionarios de la Dirección General de Territorio Marítimo y de Marina Mercante, que actuaron en diligencias de la investigación, señaló que era necesario esclarecer si éstos habían actuado dentro de su competencia y atribuciones, tomando en consideración lo dispuesto en el artículo 3 letra l) de la ley orgánica que rige al organismo al cual pertenecen otorgándole facultades de policía marítima, fluvial y lacustre, y la letra m) que señala la facultad de fiscalización, control de terrenos fiscales y ámbito de su competencia. Sumado a lo anterior debía tenerse presente lo señalado por el artículo 34 letra a) de la misma ley, que dispone que la autoridad marítima tiene que dar cumplimiento a las instrucciones que impartan los fiscales del Ministerio Público respecto de personas que pudieran encontrarse en naves o artefactos navales, respecto de dichas naves o artefactos, o de los recintos portuarios, como también realizar las actuaciones que el Código Procesal Penal permite a la policía sin instrucción previa, es decir, aquéllas señaladas en los artículos 83, 84 y 85 del mencionado cuerpo legal.

Sumado a la normativa antes mencionada, para el Tribunal, constaba de los oficios y copias de los registros de la investigación, hecha en el marco de una orden de investigar, que la policía marítima realizó una serie de diligencias fuera de los límites físicos donde tenían competencia y, que en base a dichas

circunstancias, se debía resolver si tales actuaciones se ajustaban o no a las facultades que les otorgaba la ley, independiente de la legalidad de la orden de investigar otorgada por el Fiscal del caso. La duda entonces fue concretamente si la policía marítima tenía o no competencia para realizar actuaciones de investigación fuera de los límites que la ley le entrega como ámbito de competencia o como ámbito jurisdiccional.

En razón de lo anterior, el Juez señaló que era esclarecedor lo dispuesto por el artículo 31 del DFL 292, al señalar que el personal de Carabineros, Investigaciones y Aduana, prestan a la autoridad marítima y al personal bajo sus órdenes el auxilio y cooperación que les solicitan para el cumplimiento de sus funciones y que no cabía duda que la policía marítima tenía facultades para llevar a cabo las instrucciones que el Ministerio Público les impartía, realizar diligencias de investigación, consignar declaraciones, efectuar citaciones, arrestos y allanamientos, tal como lo señala el DFL 292 y el DL 2222, pero el ámbito territorial de aplicación de esas funciones estaba limitado por los mismos cuerpos normativos, por lo que sí la misma ley orgánica faculta y obliga a Carabineros, Policías de Investigaciones y personal de Aduana a prestar auxilio a la policía marítima para realizar estas funciones, estaba claro entonces que la policía marítima no tenía competencia para realizar estas diligencias fuera de los límites territoriales en los cual la ley les entregaba estas facultades.

En virtud de lo razonado anteriormente, el Juez de Garantía estimó que las diligencias de investigación y todos sus registros habían sido efectuado por un organismo policial que no contaba con facultades legales para realizarlos y en consecuencia los testimonios de los funcionarios que intervinieron en esas diligencias debían ser excluidos, por cuanto dicha prueba había sido producida con inobservancia de garantías fundamentales, en especial la del debido proceso.

Opinión de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de la Fiscalía Nacional

Consultada la opinión a la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de la Fiscalía Nacional, ésta estimó que la interpretación expuesta en la resolución del tribunal era errada, por cuanto la condición y facultades que tienen los agentes de DIRECTEMAR, son similares a las de Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones, por lo que están plenamente calificados para realizar acciones de carácter investigativo, siempre que éstas hayan sido instruidas por el fiscal pertinente o concurriendo las hipótesis antes desarrolladas⁴. Se recalcó además que DIRECTEMAR, en su calidad de policías, puede realizar actividades investigativas y que como

4 Respuesta elaborada por el abogado de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, don Rubén Salas Orellana.

todas las policías tiene como finalidad el orden y la seguridad pública, para lo cual desarrollan sus funciones.

En el caso puntual de marras, al entender que los funcionarios “policiales” actuaron por instrucciones del fiscal, se entiende que actuaron con facultades para realizar actuaciones de carácter investigativo, sin que tuvieran necesidad u obligación de solicitar colaboración a otras policías o a personal aduanero.

Junto a lo anterior, para la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, lo relevante al momento de evaluar las facultades y competencia de DIRECTEMAR tuvo que ver con el lugar de comisión del delito, toda vez que si el ilícito se produjo dentro del espacio jurisdiccional de su competencia y posteriormente se realizaron actividades fuera de dichos límites, éstas fueron la concreción de diligencias tendientes a dar cumplimiento a sus atribuciones. A mayor abundamiento, la opinión respecto al espíritu de las normas que regulan a DIRECTEMAR, es justamente la de dotarlos de competencia y en definitiva permitirles actuar no sólo en el territorio marítimo, lacustre, fluvial y sus alrededores, sino que darles una especial competencia fuera de esos límites cuando han intervenido en un hecho o tomado conocimiento del mismo dentro de dicho territorio. En este sentido, la interpretación realizada por el tribunal fue contraria a las normas procesales que facultan al Ministerio Público a dictar instrucciones a las policías, sin importar si éstas se ejecutan más allá del territorio jurisdiccional donde se realizó el delito que le dio origen, por cuanto una vez determinado el principio de ejecución y por ende conocido el delito, naturalmente debe realizarse todo cuanto conduzca a su comprobación.

Finalmente, debemos recordar que el tribunal excluyó el testimonio de todos los funcionarios y no sólo de aquellos que participaron en las diligencias realizadas fuera de la zona de control marítimo, ello fundamentado en una supuesta contaminación en cadena, vale decir, utilizando la teoría del fruto del árbol envenenado, teoría que en este caso no fue compartida por la Unidad Especializada, por cuanto si la ilicitud de la prueba se debía a actuaciones fuera del territorio de competencia de la policía marítima, entonces los testigos que no participaron en dichas actuaciones no debieron haber sido excluidos toda vez que no habrían afectado su ámbito de competencia.

Resolución de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique en causa ROL N°66-2013, que resolvió el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía Local de Iquique

La Fiscalía Local de Iquique, interpuso recurso de apelación en contra de la resolución dictada por el Juzgado de Garantía de la misma ciudad, que excluyó a los 19 funcionarios de la Dirección General de Territorio Marítimo y de Marina Mercante, por estimar, como ya hemos señalado, que las diligen-

cias realizadas por éstos se habían efectuado sin estar dotados de las facultades ni competencia para ello, con inobservancia de garantías fundamentales, particularmente del debido proceso.

El recurrente justificó el recurso en la no existencia de vulneración alguna a las garantías constitucionales, ni menos al debido proceso, toda vez que los funcionarios de DIRECTEMAR debían ser considerados para estos efectos como policía marítima, reconociéndoles las mismas facultades que las conferidas a los agentes de Carabineros e Investigaciones.

Respecto al sistema procesal penal, la Fiscalía señaló que la regla general era la de la prueba absoluta, esto es, que la mayor cantidad de prueba llegue a juicio oral, a fin que el tribunal logre convicción sobre los hechos. En razón de lo anterior, la exclusión de prueba es excepcional y sólo permitida por las causales expresamente establecidas por el legislador, que exige un alto estándar de fundamentación para provocar el mencionado efecto, lo que no se habría dado en la resolución recurrida. En dicho sentido, si la exclusión de prueba se produjo por haber sido obtenida con infracción de garantías fundamentales, el juez debió dar cuenta de cómo esas garantías fueron afectadas al momento de la creación o producción de estos medios de prueba.

Finalmente, respecto a la afectación al debido proceso, como resultado del supuesto actuar ilegal de los funcionarios de DIRECTEMAR, al momento de realizar las diligencias de investigación, la fiscalía señaló que el tribunal, al excluir los medios de prueba, debió haber fundamentado dicha exclusión; cuestión que en el caso concreto no se dio, toda vez que las actuaciones fueron ordenadas por el Ministerio Público y las escuchas telefónicas realizadas con posterioridad a la autorización judicial, mientras que muchas otras actuaciones fueron realizadas bajo la hipótesis de flagrancia y en virtud de las facultades que los funcionario de DIRECTEMAR tienen en su calidad de policía.

Por su parte, la defensa solicitó la confirmación de la resolución que excluyó la prueba, por cuanto a su juicio los funcionarios de DIRECTEMAR habían actuado fuera del ámbito de la competencia que por ley les había sido entregada, concretamente no reuniendo los presupuestos para entender que actuaron con apego al debido proceso, puesto que sus actividades previas no se encontraban permitidas legalmente, toda vez que se habrían realizado fuera de los límites territoriales que les eran propios.

La Corte señaló que nuestro régimen procesal penal es un sistema limitado de exclusión de prueba, atendido al principio de libre valoración de la misma, un sistema de exclusión restringido en el que la exclusión sólo procede por los motivos expresamente señalados en el artículo 276 del Código Procesal Penal. Por ello era importante exigir una fundada explicación acerca de si la ilegalidad denunciada conllevaba necesariamente la exclusión de las pruebas obtenidas, debiendo considerarse para ello la efectiva vulneración de garantías

fundamentales y la proporcionalidad de la medida adoptada, es decir, no sólo debe determinarse la licitud o ilicitud de la obtención del material probatorio para el caso de que se trata, sino que además la discusión debe versar sobre si tal ilicitud origina una exclusión de la prueba así obtenida.

Sin embargo, en el caso en análisis, en el cual se excluyó toda la prueba testimonial ofrecida por la Fiscalía, la Corte pudo advertir que el Juez de Garantía en su razonamiento no ponderó ni valoró la naturaleza y alcances de la prueba cuestionada, como tampoco la proporcionalidad de la medida adoptada y principalmente si dicha prueba efectivamente fue obtenida vulnerando garantías fundamentales donde la sanción sea forzosamente su exclusión.

Respecto de los funcionarios y la naturaleza jurídica de DIRECTEMAR, la Corte señaló que del estudio de su normativa, era incuestionable que dicho organismo tenía facultades de policía marítima y la ejercía en virtud de lo establecido en su propia Ley Orgánica Constitucional, con competencia limitada, pero no por ello menos significativa. De hecho, agregan los sentenciadores, el artículo 34 del mencionado cuerpo legal, al señalar las actividades que puede desarrollar esta dirección como policía marítima, expresa que ello es *“sin perjuicio de sus demás funciones y facultades”*, lo que daba cuenta entonces que no se trata de una enumeración taxativa, sino meramente ejemplar, pudiendo desarrollar labores de carácter investigativo, siempre que se relacionen con hechos que estén en concordancia con la competencia asignada por la ley.

Para la Corte no fue un hecho controvertido que los funcionarios de DIRECTEMAR desarrollaron labores investigativas previas, dispuestas por el Ministerio Público, en atención a la calidad de policía marítima que invisten, y que incluso las interceptaciones telefónicas fueron legalmente autorizadas por el Juzgado de Garantía correspondiente, siendo entonces actuaciones que se enmarcaron dentro de la investigación de un delito de tráfico de drogas que estaba siendo ejecutado por medios marítimos, ámbito en el cual sí cuentan con competencia para intervenir, pudiendo recabar, además, el auxilio y cooperación de las otras policías para el cumplimiento de sus funciones.

En virtud de lo anterior, la Corte entendió que resultaba errónea la afirmación que sostenía que en el desarrollo de las diligencias investigativas los funcionarios de DIRECTEMAR habían actuado fuera de su competencia, y que por ello las probanzas obtenidas, como los testimonios de los funcionarios, adolecían de inobservancia de garantías del debido proceso y que en definitiva lo resuelto por el tribunal se había apartado del lógico devenir de los hechos constituyendo un error que en ningún caso podía privar al ente persecutor y a sus auxiliares de intervenir en virtud de las atribuciones que les son propias, siempre que dicho actuar se ajuste a las exigencias previstas por la ley.

Al hacerse cargo de la discusión relativa a la vulneración del principio del debido proceso, entendido como el respeto al sistema establecido constitucionalmente y al conjunto de normas y mecanismos idóneos para la resolución de los conflictos, la Corte señaló que no habría existido tal vulneración, por cuanto el sistema procesal penal está diseñado para que el Ministerio Público, con el auxilio de las policías y otros organismos especializados, entre ellos DIRECTEMAR, investigue el hecho denunciado y recolecte los medios de prueba que en definitiva va a emplear para acreditar su acusación, en una investigación que es desformalizada, con facultades para desarrollar las diligencias que resulten apropiadas para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades, pudiendo disponer al efecto, de todos los medios de prueba que guarden pertinencia sustancial con la materia que se conocerá por los Tribunales.

En virtud de lo anterior, a juicio de la Corte, los defectos, errores o fallas alegados, relativos a los registros de las diligencias investigativas, no afectaron el derecho a defensa desde que no se trató de personas ajenas a los hechos o que les hayan sido desconocidos, por lo que la prueba esencial que iba a ser base de la sentencia definitiva era aquella que se rendiría en el respectivo juicio oral, oportunidad en que la defensa tendría la posibilidad de interrogar y contra interrogar a los testigos, sin que los errores u omisiones pudieran dar cuenta de un perjuicio real al derecho invocado o fuere a significar una infracción o desequilibrio a la igualdad de armas que debe existir entre los intervinientes.

Por los motivos antes descritos, la Corte revocó la resolución apelada y ordenó que los 19 funcionarios policiales se incorporaran al auto de apertura como prueba de la Fiscalía, pero más allá de lo resuelto en el caso concreto, y como ya señaláramos en el presente análisis, la resolución viene a ratificar y fortalecer lo sostenido por el Ministerio Público en relación a las facultades y competencias que tiene la Dirección General de Territorio Marítimo y de Marina Mercante, esto es, proceder con la misma potestad que tienen Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile para actuar sin orden previa cuando se encuentren en las situaciones y presupuestos señalados en los artículos 83 y 85 del Código Procesal Penal, proceder como policía marítima, fluvial y lacustre, en virtud de las facultades entregadas por su Ley Orgánica Constitucional para ejercerla, incluyendo la posibilidad de realizar allanamientos, incautaciones y arrestos en aguas exteriores e interiores y franjas de tierra como lo señala el artículo 6° del mencionado cuerpo legal, y dar cumplimiento además a las instrucciones que provengan de un Fiscal del Ministerio Público.

Recurso de nulidad presentado por la Defensoría Penal Pública en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique que condenó a los acusados como autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes previsto y sancionado en los artículos 1 y 3 de la Ley 20.000

La defensa invocó la causal de nulidad establecida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es: *“Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes...”*, causal que se fundó en los siguientes puntos:

1. Vulneración del debido proceso en su dimensión de legalidad de los actos del procedimiento, en cuanto a la actuación autónoma de la policía marítima

Para la recurrente, la policía marítima habría realizado una investigación previa, sin instrucción ni dirección del Ministerio Público excediéndose de sus facultades y competencia en las tareas de investigación.

Respecto a este primer punto, el Ministerio Público se refirió a la normativa legal que establece las distintas facultades de DIRECTEMAR como policía marítima, que como vimos, están reguladas en distintas normas legales, a saber, su Ley Orgánica Constitucional, DFL N°292 del año 1953, específicamente artículo 3° letras l) y m), en el que se le faculta a ejercer como policía marítima, fluvial y lacustre, pudiendo efectuar allanamientos, incautaciones y arrestos y ejercer fiscalización de las playas y terrenos fiscales de las playas y en general a lo largo de las costas del litoral; artículo 34, en que se señala que: *“sin perjuicio de sus demás funciones y facultades”*, podrá: *“a) Dar cumplimiento a las instrucciones que impartan los fiscales del Ministerio Público respecto de personas que pudieren encontrarse en naves o artefactos navales; respecto de dichas naves o artefactos, o de los recintos portuarios; y b) Realizar en los recintos portuarios y en las naves o artefactos navales las actuaciones que el Código Procesal Penal permite que la policía efectúe sin recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales, informando sobre ellas de inmediato al Ministerio Público”*.

En virtud de lo señalado, lo que quiso el legislador fue otorgar a DIRECTEMAR el mismo tratamiento y atribuciones que constitucional y legalmente corresponden a las demás policías, reforzando su calidad de policía marítima, en cuanto al desarrollo de funciones en los lugares en que normalmente no actúan las policías tradicionales, todo sumado al resto de sus atribuciones de carácter administrativo y de fiscalización que le confieren las restantes normas de su ley orgánica, pudiendo desarrollar labores de carácter investigativo, siempre que se relacionen con hechos que estén en concordancia con la competencia asignada por la ley.

A mayor abundamiento, en virtud de lo señalado en los artículos 5° y 6° del DS 1340, Reglamento General de Orden y Disciplina en las Naves y Litoral de la República, DIRECTEMAR tiene por función justamente el orden, seguridad y disciplina, que trae aparejada toda función preventiva que evite y prevea posibles delitos.

Dicho lo anterior podemos señalar que DIRECTEMAR cumple funciones como cualquier otra policía pero incluso con facultades más amplias en el territorio jurisdiccional de su competencia, por lo que en virtud de las mencionadas facultades, los funcionarios, en el ejercicio de sus atribuciones autónomas, tomaron conocimiento de la posible internación de droga, por vía marítima, desde Perú, todo a través de fuentes abiertas y sin vulnerar derechos de persona alguna, poniendo los hechos en conocimiento de la Fiscalía con fecha 11 de abril de 2011, quien expide una orden de investigar con instrucciones de efectuar seguimientos, vigilancia y captación de imagen; investigación que por falta de antecedentes concretos fue archivada a mediados del mes de agosto del mismo año.

En otro orden de ideas, y respecto al mismo acápite, la recurrente indicó que a raíz de esta obtención de información y antecedentes se habrían vulnerado el derecho a la intimidad e inviolabilidad del hogar, derecho a defensa, presunción de inocencia, derecho a guardar silencio y no autoincriminación.

Lo cierto es que para la Fiscalía no se advirtió cómo el actuar de los funcionarios de DIRECTEMAR pudieron vulnerar tales derechos, por cuanto no se efectuó ninguna medida intrusiva, no se solicitó declaración alguna y no se sindicó a nadie como autor de algún ilícito, a tal punto que la causa, en su primera etapa, fue archivada por falta de antecedentes.

La defensa también argumentó una vulneración al debido proceso al cuestionar que la Armada no puso en conocimiento del Ministerio Público, dentro de las 24 horas siguientes, la noticia relativa a la posible comisión futura de un delito de tráfico ilícito de drogas en el ámbito del territorio marítimo, incumpliendo con ello lo preceptuado en el artículo 176 del Código Procesal Penal, alegación que la fiscalía rechazó por cuanto ello dice relación con la obligación de denunciar un “hecho criminal” y no como ocurrió en la especie, esto es, una posible comisión futura de un delito, que finalmente no prosperó y derivó en el archivo de la investigación.

2. Ilegalidad de los actos del procedimiento respecto a la labor investigativa terrestre, incluidas las interceptaciones telefónicas desarrolladas por la policía marítima

La recurrente cuestionó la **labor investigativa terrestre**, específicamente el seguimiento hecho por funcionarios de DIRECTEMAR desde Arica hasta Caleta El Águila al sur de Iquique, argumentando que dicho recorrido se

encontraba fuera de los límites territoriales de competencia de la policía marítima, esto es, fuera de los 80 metros contados desde las más altas mareas, y que por ende debiesen haber sido realizadas por Carabineros de Chile o Policía de investigaciones, por lo que todas las diligencias, incluso aquéllas delegadas por la Fiscalía, carecían de legalidad por haberse realizado en una órbita territorial no prescrita en la ley y por ende toda prueba obtenida debió haber sido excluida.

A juicio de la fiscalía, la recurrente cometió un error al confundir el territorio de competencia de DIRECTEMAR, en el cual ejerce sus facultades de policía marítima, con aquellos lugares de tránsito y desplazamiento necesarios para poder cumplir con esa obligación de fiscalización, mandato legal y eventuales instrucciones que el Ministerio Público les imparta, no siendo las actuaciones policiales divisibles en su conjunto, donde la policía marítima no pueda trasladarse vía terrestre de una caleta a otra y que llegando a los 80 metros contados desde las más altas mareas estuviese impedida de continuar un traslado o seguimiento, y que ello debiese ser entregado a Carabineros de Chile o Policía de Investigaciones, toda vez que esto no parecería lógico, máxime cuando ello, en el caso, no vulneró garantía alguna, por cuanto durante el recorrido no se realizó ninguna actuación de fiscalización u otra correspondiente a la órbita territorial de su competencia, tal como lo expresan las declaraciones de los funcionarios que la propia defensa adjuntó para fundar este punto, en la que señalan que se realizó un seguimiento terrestre fuera de los límites jurisdiccionales para poder llegar a Caleta El Águila, por cuanto no había otra forma o vía que no fuera la terrestre.

Lo anterior en nada alteró el debido proceso, por cuanto esos seguimientos se realizaron justamente en relación a un posible delito cuya comisión se realizaría en el territorio jurisdiccional de competencia de DIRECTEMAR, no estando a nuestro juicio, impedidos los funcionarios de realizar actividades fuera de dichos límites para la indagación del posible ilícito o concreción de diligencias tendientes a dar cumplimiento a sus atribuciones.

A mayor abundamiento, la opinión respecto al espíritu de las normas que regulan a DIRECTEMAR, es justamente la de dotarlos de competencia y en definitiva permitirles actuar no sólo en el territorio marítimo, lacustre, fluvial y sus alrededores, sino que darles una especial competencia fuera de esos límites cuando los hechos investigados tienen su origen dentro de dicho territorio, toda vez que de interpretarse de otra forma, el Ministerio Público estaría impedido de dictar instrucciones a la policía marítima, cuando la ejecución de dicha instrucción tuviese que ejecutarse más allá del territorio jurisdiccional donde se estuviere indagando el posible delito que le dio origen, como lo sería recabar información relativa a personas, embarcaciones, sociedades comerciales, teléfonos u otros antecedentes necesarios para la investigación.

En lo que dice relación con la inobservancia al debido proceso, la recurrente cuestionó el hecho de haberse realizado las **interceptaciones telefónicas** en dependencias de DIRECTEMAR en la ciudad de Valparaíso, pese a que la autorización judicial otorgada lo fue para ser realizada por personal de Arica e Iquique lo que a su juicio excedió el marco jurisdiccional autorizado.

Para el Ministerio Público, la recurrente confundió el supuesto aspecto legal de la medida, toda vez que es el Juez de Garantía quien autoriza la interceptación de un determinado número telefónico y por regla general respecto de determinada persona, su forma de interceptación y su duración, independiente de dónde quedan registradas las conversaciones interceptadas, tal como ocurre con aquellas interceptaciones telefónicas diligenciadas por Carabineros de Chile o Policía de Investigaciones de Chile, que quedan grabadas y registradas en instrumentos técnicos ubicados en las unidades centrales o informáticas de dichas instituciones, es decir, en un lugar distinto al de la unidad regional que la efectúa, lo que no altera en nada el debido proceso ni vulnera garantías fundamentales, cuando ésta ha sido autorizada judicialmente.

Para precisar este punto, en el caso existió una solicitud de interceptación telefónica legalmente autorizada, ejecutada por funcionarios de DIRECTEMAR de Iquique, que por una parte escuchaban y analizaban las conversaciones, las que paralelamente quedaban registradas mediante su grabación en los equipos técnicos ubicados en la ciudad de Valparaíso asegurando su fidelidad, tal como lo señala el art. 223 del CPP.

Del modo expuesto, la solicitud de interceptación telefónica pasó por un examen de legalidad y admisibilidad por parte de un Tribunal de Garantía que autorizó la medida intrusiva, ajustándose al debido proceso no siendo la circunstancia de verificarse la grabación de las conversaciones en la ciudad de Valparaíso, un hecho que afectara los derechos de los acusados, máxime si en caso alguno se denunció o evidenció alguna disconformidad entre las escuchas y los registros.

3. Inobservancia del debido proceso por ilegalidad de los actos del procedimiento, concretamente la vulneración del artículo 41 de la Ley N°20.000

El artículo 41 de la Ley N°20.000, señala que las sustancias y especies estupefacientes y sicotrópicas, como también, las materias primas empleadas en su elaboración que hayan sido incautadas, *“...deberán ser entregadas dentro de las veinticuatro horas siguientes al Servicio de Salud que corresponda”*.

En el caso, la recurrente señaló que había quedado establecido en el juicio que la droga incautada el día 25 de julio de 2012 se había entregado al Servicio de Salud de Arica con fecha 30 de julio del mismo año, cuestión no desconocida por el Ministerio Público, como tampoco el haberse solicitado ampliación del plazo para su entrega pasado el plazo de 24 horas. No obstante ello y

entendiendo que efectivamente se incumplió con lo establecido en el mencionado artículo, fue la propia recurrente la que en su recurso ratificó lo que la jurisprudencia ha manifestado respecto a esta inobservancia, a saber, que el incumplimiento del plazo dispuesto sólo acarrea una sanción administrativa y no la ilicitud de la prueba, no existiendo entonces vulneración de garantía alguna.

No obstante el reconocimiento hecho por la propia recurrente en cuanto a que el incumplimiento del plazo establecido en el artículo 41 de la Ley N°20.000 sólo acarrea una sanción de tipo administrativa, ésta indicó que debía ser asumida como un costo para el Ministerio Público, en el sentido de otorgarle menor credibilidad a la prueba.

En razón de lo anterior y basándose en la propia conclusión de la recurrente, el Ministerio Público manifestó que había quedado claro que no era problema de inobservancia del debido proceso, sino que un problema de valoración, no visualizando de qué forma se pudo afectar la garantía del debido proceso, sobre todo considerando que la sustancia incautada el 25 de julio de 2012 correspondió a la misma que finalmente fue ingresada al Servicio de Salud, concluyendo entonces que la disposición legal citada tiene un carácter administrativo, con una sanción de igual naturaleza en caso de incumplimiento.

Así lo ha dicho la propia Corte Suprema en fallo ROL N°3657-10, de 23 agosto 2010, al señalar que: **“SÉPTIMO:** *Que, en efecto, la sola circunstancia que la droga haya sido remitida por la policía al Instituto de Salud Pública fuera del plazo que prevé el mentado artículo 41, no genera como consecuencia necesaria una falta de certeza sobre la calidad de dicha evidencia ni sobre las conclusiones arribadas a su respecto, por cuanto dicha irregularidad en el traspaso no revela indefectiblemente alguna alteración, sustitución o contaminación de la misma”*. **“NOVENO:** *Que, asimismo, la conclusión que el simple incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Drogas, no genera una infracción a la cadena de custodia ni la consecuente infracción al debido proceso, resulta coherente con lo sostenido por el profesor Hernández, en cuanto a que: la inobservancia de garantías fundamentales representa algo más que la mera inobservancia de la legalidad ordinaria, de suerte que para afirmarla no puede bastar la infracción de ley en la obtención de la prueba, sino que además se requiere que la infracción puede vincularse de modo tal con una garantía fundamental que puede conceptualizarse como una afectación a la misma (Hernández B., Héctor. *La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno*, Colecciones de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, 2004 N°2)”. **“DÉCIMO:** *Que, conforme a lo razonado, tanto la entrega tardía de la sustancia incautada por parte de la policía, como la incorporación de las pruebas derivadas de la misma en el auto de apertura, en particular, la pericia química y la posterior valoración de las mismas por parte de los jueces del Tribunal de Juicio Oral, no generan una infracción al derecho al debido proceso, ni menos sustancial, sino sólo el incumplimiento de una norma legal,**

cuya inobservancia se encuentra reprimida expresamente por el legislador con una sanción extraprocesal dirigida al funcionario infractor, en virtud de lo cual no se configura la única causal invocada en este recurso de nulidad, correspondiente a la prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, lo que desde luego conlleva el necesario rechazo del mismo”.

4. Inobservancia del debido proceso que afectó el derecho a defensa en lo que dice relación con el conocimiento previo de los antecedentes de la investigación y el control efectivo de la prueba de cargo, contrariedad e igualdad de posiciones

La recurrente alegó una supuesta falta de registro de las diligencias, concretamente el deber de registro de las declaraciones policiales, pero que en definitiva atacaba a la forma en que se dejó el registro de las mismas, específicamente haberse efectuado sin mencionar que eran por delegación del Fiscal. En razón de ello, el Ministerio Público manifestó que las normas de los artículos 227 y 228 no exige que en las declaraciones policiales se consigne el hecho de ser prestadas por delegación del Fiscal, aun cuando el Tribunal Oral se hizo cargo de la discusión señalando en su sentencia que los testigos manifestaron que sus declaraciones fueron recabadas precisamente por delegación del Fiscal.

A mayor abundamiento, el Ministerio Público agregó que la discusión se refería al conocimiento de la investigación, de la prueba y a la posibilidad de contrainterrogar testigos, cuestión que en el caso ocurrió, por cuanto la defensa tuvo conocimiento de las declaraciones de los funcionarios y pudo hacer siempre el ejercicio de interrogación, contrainterrogación y/o evidenciar contradicciones, haciéndose cargo de ello el Tribunal Oral al señalar que durante los interrogatorios, en caso alguno las defensas realizaron consultas o ejercicios tendientes a evidenciar la existencia de alguna diferencia entre las declaraciones prestadas inicialmente y aquéllas vertidas en el juicio oral, de forma tal que no se advirtió que pudiese existir entonces alguna vulneración de garantías, agregando que la defensa sí tuvo conocimiento de la existencia de estos testigos y tuvo el tiempo para preparar su interrogatorio.

Finalmente, y no obstante que existieron declaraciones previas incluidas en la carpeta de investigación, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que no existe norma legal que limite la prueba testimonial a sólo aquellos testigos cuya declaración esté en la carpeta de investigación, tal como lo manifiesta en su fallo Rol N°2029-12 de 9 mayo de 2012 al expresar que: “**TERCERO:** *Que esta Corte ya se ha pronunciado antes sobre este asunto, en cuanto no existe norma legal alguna que obligue a los fiscales a reducir el número de testigos en la audiencia de preparación de juicio a sólo aquellos cuyas declaraciones estén contenidas en la carpeta de investigación, aunque aparezca de cierta lógica que sólo pueda ser ofrecido como testigo alguien que ya ha declarado antes ante el fiscal y que, en virtud de la obligación de registro, sus dichos debieran estar contenidos en la carpeta en cuestión.* “*La restricción anotada, esto es, exigir que los testigos que puedan*

llegar a juicio, sean sólo aquellos que registren declaración previa en la carpeta del fiscal, podría conducir al grave defecto de privar de testigos a las mismas defensas quienes podrían haber omitido o no haber tomado el recaudo de haber exigido la comparecencia de sus propios testigos ante el fiscal, e incluso, de no haber logrado conducirlos hasta aquél”; y en su fallo Rol N°154-13 de 23 de abril de 2013 en el que señala: “**CUARTO:** *Que en lo que atañe a la infracción que se reclama al debido proceso en su primer acápite, esto es, lo que dice relación con la declaración de los funcionarios policiales, sin que sus dichos se encuentren recogidos en la carpeta de investigación, en primer término es necesario decir que si bien dichos funcionarios concurren al juicio oral como testigos lo hacen para dar cuenta de las actuaciones policiales por ellos realizadas, y que han sido objeto de los informes del caso, de suerte que aunque no han declarado ante el Ministerio Público –por innecesario– para la defensa no le era desconocido lo que sería objeto de las declaraciones de dichos deponentes”. “Por tal razón no es posible sostener que en la especie se haya privado a la defensa de algún derecho, puesto que bien pudo preparar el contrainterrogatorio respecto de declarantes que no le eran desconocidos”.*

Fallo dictado por la Excelentísima Corte Suprema, Rol N°6441-13, de fecha 29 de octubre de 2013 que resuelve el recurso de nulidad presentado por la Defensoría Penal Pública en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique que condenó a los acusados como autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes previsto y sancionado en los artículos 1 y 3 de la Ley 20.000

La Excelentísima Corte Suprema, analizando lo reclamado por la recurrente, escuchados los alegatos de ambas partes y resolviendo lo relativo a la vulneración del debido proceso que se habría cometido en virtud de la realización de actuaciones autónomas por parte de la policía marítima, señaló que era necesario establecer que DIRECTEMAR conforme lo dispone el Decreto Ley N°2.222 de 2005, en sus artículos 95 y 96, en el desempeño de sus funciones tiene el carácter de fuerza pública, cuestión que implica que cuenta con las mismas atribuciones que se consagran en los distintos cuerpos normativos a las policías, desarrollando sus funciones en lugares en que estas últimas no actúan. Por ello, precisa que por ley tiene asignada dentro de sus atribuciones mantener el orden, seguridad y disciplina en el territorio que le ha sido asignado, y por tanto eso incluye el evitar la comisión de delitos dentro del ámbito de sus competencias.

Entendió la Corte que lo alegado por la defensa decía relación con que la policía marítima habría llevado a cabo una investigación autónoma, sin dirección del Fiscal del Ministerio Público, permitiendo la obtención de pruebas ilícitas, las que finalmente fueron determinantes para la decisión de condenar a su defendido, cuestión que no fue compartida por el Excelentísimo Tribunal que apoyándose en la propia sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, considerando duodécimo, señaló que: “...se descartaba la vulneración al debido proceso, puesto que si bien existieron en un primer momento actuaciones

investigativas realizadas por la Armada de Chile, quienes toman conocimiento por fuentes abiertas de la posibilidad que por vía marítima se ingresara droga al país, esos antecedentes se dan a conocer al Ministerio Público el día 11 de abril de 2011, expidiéndose en ese momento una orden de investigar con instrucciones de efectuar seguimientos, vigilancias y captación de imágenes en la vía pública”, lo que llevó a concluir que los hechos que terminan con la detención de los condenados se gestaron en el marco de una investigación dirigida por el Ministerio Público y que comprendió diligencias intrusivas expresamente autorizadas, que decían relación con el traslado de droga desde Perú a nuestro país por vía marítima, por lo que en razón de ello la policía contaba con atribuciones para efectuar seguimientos y vigilancia.

Continúa la Corte señalando que, no obstante ser la Constitución de la República la que entrega al Ministerio Público la dirección de la investigación de hechos que puedan ser constitutivos de delitos, es el propio Código Procesal Penal en sus artículos 83 y 87, el que otorga a las policías un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación, como lo son las facultades para practicar detenciones en casos de flagrancia, recoger y proteger cualquier objeto que pudiere haber servido a la comisión del delito investigado, identificar testigos y consignar sus declaraciones. En razón de lo anterior, la Excelentísima Corte no pudo constatar de qué manera pudo vulnerarse el debido proceso denunciado en el recurso.

Por otra parte y respecto a la imputación efectuada por la defensa respecto a la labor investigativa terrestre llevada a cabo por la policía marítima, en concreto los seguimientos e interceptaciones telefónicas, la Corte acogió lo sostenido por el Ministerio Público argumentando que una vez que DIRECTEMAR puso en conocimiento de la Fiscalía la posible internación de droga al país por vía marítima desde Perú, se expidió una orden de investigar, en la que se facultó a los funcionarios de la policía para realizar de manera expresa seguimientos y vigilancia de todos aquellos que pudieren tener relación con el hecho indagado, y tal como lo manifestó el Ministerio Público, dichos seguimientos efectuados por los funcionarios fueron realizados dentro de la órbita de sus facultades, pues su ejecución tenía como finalidad impedir que se internara droga por vía marítima para comercializarla en el país.

En el caso de las interceptaciones telefónicas cuestionadas por la defensa por haber sido grabadas en dependencias de DIRECTEMAR de la ciudad de Valparaíso, en circunstancias que para la defensa debieron haber sido diligenciadas por funcionarios de Arica e Iquique, interpretándolo por esa razón como un hecho que excedió el marco jurisdiccional autorizado, la Corte acogiendo los argumentos del Ministerio Público recordó lo señalado en estrados por el representante del Ministerio Público, en orden a que la autorización otorgada por el Juez de Garantía se refirió a la interceptación de un número

de teléfono determinado, por lo que era indiferente dónde se efectuaba el registro de la grabación, por lo que la actuación de la policía no vulneró el debido proceso, ni quebrantó garantías fundamentales de los sentenciados.

En lo relativo a la vulneración del artículo 41 de la Ley N°20.000, concretamente el retardo en la entrega de la droga al Servicio de Salud, la Corte ratifica que dicha inobservancia denunciada: *“...trae aparejada una sanción administrativa, y no la ilicitud de la prueba o una vulneración de garantías, máxime si la droga incautada en el procedimiento que termina con la detención de los inculpados fue ingresada al Servicio de Salud de Arica, lo que excluye la infracción al debido proceso denunciada por la defensa”*(considerando séptimo).

Al hacerse cargo de la inobservancia al debido proceso por vulneración al derecho a defensa, específicamente lo relativo al conocimiento previo de los antecedentes de la investigación en relación con el derecho a controlar la prueba de cargo, sustentado en la falta de registro de las declaraciones policiales, la Corte señaló que: *“...la infracción producida a los intereses del interviniente exige, además, sustancialidad, es decir, trascendencia, mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea en definitiva insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional del debido proceso”*. En virtud de lo anterior y de acuerdo a los antecedentes de la causa, el Excelentísimo Tribunal agregó que: *“... no existió la vulneración alegada por la defensa, en primer término porque las declaraciones policiales se encuentran debidamente registradas en la investigación, pues el no señalarse que era por “delegación” del fiscal no constituye un vicio que pueda acarrear la nulidad alegada por la defensa y, además, porque dichos funcionarios concurren al juicio con la finalidad de poner en conocimiento del tribunal de las actuaciones desplegadas en el marco de la orden de investigar que se encuentran diligenciando, lo que implica que sus declaraciones no eran desconocidas para la defensa, por lo que no es posible sostener que existió como se acusa en el recurso, algún quebrantamiento al derecho de controlar la prueba de cargo y preparar la estrategia tendiente a desvirtuar lo consignado en la investigación”* (considerando octavo).

En virtud de lo analizado, el recurso de nulidad fue íntegramente desestimado, rechazándose y declarándose que el juicio y la sentencia no eran nulos.

Finalmente, y para un mejor entendimiento, se transcribe el texto de la resolución de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N°66-2013, que resolvió el recurso de apelación por exclusión de prueba interpuesto por la Fiscalía Local de Iquique y el fallo dictado por Excelentísima Corte Suprema, Rol N°6441-13, que resuelve el recurso de nulidad presentado por la Defensoría Penal Pública en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique que condenó a los acusados como autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes previsto y sancionado en los artículos 1 y 3 de la Ley 20.000.

Corte de Apelaciones de Iquique

Iquique, treinta y uno de mayo del dos mil trece.

VISTO:

Que se elevó a esta Corte la presente causa RUC 1100365553-0, RIT O-6946-2011, del Juzgado de Garantía de Iquique, por tráfico ilícito de drogas, en apelación deducida por el Ministerio Público, en contra de la resolución dictada de fecha 8 de mayo de 2013, por el Juez suplente don René Bonnemaison Medel, quien procedió a la exclusión de prueba ofrecida por el ente persecutor, por haberse obtenido con inobservancia de garantías fundamentales.

Comparecieron a la vista del recurso el Ministerio Público, representado por el abogado señor Juan Castro Bekios, y la Defensora Penal Público doña Victoria Márquez King, por los acusados Juan Malache Rugel y Jorge Anahua Mamani, quienes expusieron sus argumentos.

CONSIDERANDO:

Primero: *Que en la audiencia de preparación de juicio oral, a solicitud de las defensas de ambos imputados y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 276 del Código Procesal Penal, el señor Juez de Garantía procedió a excluir parte de la prueba ofrecida por el Ministerio Público, consistente en los dichos de 19 testigos, todos funcionarios de la Dirección General de Territorio Marítimo y Marina Mercante de la Armada de Chile, o Directemar, por estimar que las diligencias de investigación y registros realizadas por ellos, se hicieron fuera de*

los límites físicos de donde tiene competencia como policía marítima, por lo que en definitiva han sido hechas por un organismo policial que carece de las facultades para realizarlas.

De este modo, considera que éstas se han producido con inobservancia de las garantías fundamentales, en especial el debido proceso, el cual exige que el procedimiento sea tramitado en forma legal, por lo que concluye que las facultades legales de la policía marítima fueron excedidas con dichas diligencias, y en su opinión, las declaraciones de estos testigos no pueden ser prestadas en el juicio oral a que da lugar esta investigación, al haberse inobservado esta garantía de actuación de los organismos públicos fuera de su competencia.

Para resolver del modo expuesto, consideró lo prevenido por los artículos 3, letras l) y m), 31 y 34 del Decreto con Fuerza de Ley N°292, Ley Orgánica de la mencionada Dirección Nacional, como también lo señalado en los artículos 83, 84 y 85 del Código Procesal Penal.

Segundo: *Que el Ministerio Público sostuvo en estrados que no existe vulneración alguna de garantías constitucionales, ni menos del debido proceso, dado que los funcionarios de Directemar deben ser considerado para estos efectos como policía marítima, con las mismas facultades que tienen los agentes de Carabineros e Investigaciones, pero en el ámbito territorial que la ley les asigna. En tal sentido, aduce que sus actuaciones investigativas lo han sido bajo la dirección de la respectiva Fiscalía, en pos de conseguir antecedentes probatorios que demuestren la efecti-*

vidad de los ilícitos pesquisados, debidamente autorizados por el Juzgado de Garantía de Iquique, y con pleno acatamiento a la normativa legal que los rige.

Por su parte, la defensa de los imputados señala que en el caso de que se trata no se reúnen los presupuestos para estimar que los funcionarios de Directemar hubieran actuado con apego al debido proceso, puesto que sus actividades investigativas previas no se encuentran permitidas por la Ley, dado que se realizaron fuera de los límites territoriales que le son propios, lo que vicia los testimonios que pudieran entregar tanto los funcionarios participantes en esas diligencias como aquellos que intervinieron en el operativo que concluyó con la detención de los imputados, ahora acusados.

Tercero: Que al momento de resolver la cuestión planteada cabe tener en consideración lo establecido en el artículo 277 del Código Procesal Penal, en cuanto posibilita la apelación del auto de apertura del juicio oral siempre que se trate de exclusión de pruebas que provengan de “actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”, según lo previene el artículo 276 del mismo texto legal. Ello nos revela que en la actualidad, nuestro proceso penal dispone un sistema limitado de exclusión de pruebas, atendido al principio de libre valoración de la prueba que lo rige, estableciendo un sistema de exclusión restringido y sólo por las motivos expresamente señalados en el citado artículo 276, que son constitutivos de la denominada prueba ilícita.

Cuarto: Que desde esa perspectiva, y considerando la gravedad que importa la exclusión probatoria para la prosecución penal, y los fines del proceso penal, es dable exigir una acabada explicación acerca de si la ilegalidad denunciada conlleva necesariamente la exclusión de pruebas, debiendo considerarse para ello la efectiva vulneración de garantías fundamentales y la proporcionalidad de la medida adoptada, es decir que no solo debe determinarse la licitud o ilicitud de la obtención del material probatorio para el caso de que se trata, sino que además la discusión versará sobre si tal ilicitud debe originar una exclusión de la prueba así obtenida.

Sin embargo, en la situación en estudio, en que se ha excluido toda la prueba testimonial ofrecida por el Ministerio Público, es posible advertir que el Juez en su razonamiento no pondera ni valora la naturaleza y alcances de la prueba cuestionada, la proporcionalidad de la medida adoptada y principalmente que ésta efectivamente haya sido obtenida vulnerando garantías fundamentales cuya sanción sea necesariamente su exclusión.

Quinto: Que en efecto, el caso de autos se refiere a una investigación sobre un tráfico marítimo de drogas, del cual los funcionarios de Directemar tomaron conocimiento, denunciando el hecho a la Fiscalía de Iquique, ente que les entregó una orden para investigar los hechos, proceso en el cual llegaron a establecer las identidades de determinadas personas sospechosas, respecto de quienes se inició una investigación desformalizada, solicitándose luego interceptaciones telefónicas al Juzgado de Garantía de esta ciudad, las cuales después de ser

autorizadas fueron encomendadas a la misma autoridad denunciante, como policía marítima. No obstante que en una primera etapa no hubo resultados, en el mes de julio de 2012 los funcionarios de Directemar pesquisarón una acción que podría ser constitutiva de un tráfico de drogas, que concluyó con la detención de los imputados de autos, en el sector costero de caleta Vítor.

Sexto: Que en cuanto a las normas que amparan o justifican el proceder descrito, debe considerarse que el artículo 3 del Decreto con Fuerza de Ley 292, consigna en su letra l) que corresponde a la Dirección: “Ejercer la Policía Marítima, Fluvial y Lacustre. El Director y las Autoridades Marítimas y los demás funcionarios en quienes el Director o las Autoridades Marítimas deleguen tales facultades, podrán efectuar allanamientos, incautaciones y arrestos, dentro de sus funciones de Policía Marítima”; a su turno, la letra m) de la misma norma señala que también le corresponde “Ejercer la fiscalización y control de las playas y de los terrenos fiscales de playa colindantes con éstas en el mar, ríos y lagos; de las rocas, fondos de mar y porciones de agua dentro de las bahías, ríos y lagos, y a lo largo de las costas del litoral y de las islas, cuyo control y fiscalización otorgan las leyes al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina”.

Por su parte, el artículo 34, norma modificada por la Ley 19.806, de 2002, adecuatoria de la Reforma Procesal Penal, establece que “La Autoridad Marítima, sin perjuicio de sus demás funciones y facultades, podrá llevar a cabo en el mar territorial y en aguas interiores, las actividades que se

señalan a continuación, en las circunstancias que en cada caso se indican: a) Dar cumplimiento a las instrucciones que impartan los fiscales del Ministerio Público respecto de personas que pudieren encontrarse en naves o artefactos navales; respecto de dichas naves o artefactos, o de los recintos portuarios, y b) Realizar en los recintos portuarios y en las naves o artefactos navales las actuaciones que el Código Procesal Penal permite que la policía efectúe sin recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales, informando sobre ellas de inmediato al Ministerio Público”.

Finalmente, el artículo 31 refiere que “El personal de Carabineros, incluido el de Aduana y el personal de Investigaciones, prestarán a la autoridad marítima y al personal bajo sus órdenes el auxilio y cooperación que les soliciten para el cumplimiento de sus funciones.”

De toda la normativa citada, es inconcuso que la Directemar desarrolla facultades de policía marítima, y ello lo hace en un ámbito determinado por su Ley Orgánica, es decir, cuenta con una competencia limitada, pero no por ello menos significativa. Por lo demás, al referir el artículo 34 determinadas actividades que pueden desarrollar en tanto policía marítima, señala que ello es “sin perjuicio de sus demás funciones y facultades”, lo que da cuenta que no se trata de una enumeración taxativa, sino meramente ejemplar, pudiendo desarrollar labores de carácter investigativo, siempre que se relacionen con hechos que estén en concordancia con la competencia asignada por la Ley.

Así, en el presente caso consta que fue el propio ente persecutor quien le entregó

una orden para investigar los hechos que aparecen vinculados a un posible tráfico de drogas que se estaría desarrollando a través del mar, ya que se utilizarían embarcaciones o naves para el transporte de estupefacientes y posterior desembarco en zonas costeras, situaciones respecto de las cuales naturalmente los funcionarios de Directemar están llamados a conocer.

Séptimo: Que en estas condiciones, tanto de lo relatado por los intervinientes, como de lo escuchado en la audiencia preparatoria de juicio oral, surge como un hecho no controvertido que funcionarios de Directemar si bien desarrollaron labores investigativas previas, las mismas fueron dispuestas por el Ministerio Público, en atención a la calidad de policía marítima que invisten, siendo incluso autorizadas, en el caso de las interceptaciones telefónicas por el Juzgado de Garantía de esta ciudad, tratándose de actuaciones que se enmarcan dentro de la investigación de un delito de tráfico de drogas que estaba siendo realizado por medios marítimos, ámbito en el cual sí cuentan con competencia para intervenir, pudiendo recabar, además, el auxilio y cooperación de las otras policías para el cumplimiento de sus funciones.

Por consiguiente, resulta erróneo afirmar que en el desarrollo de las diligencias investigativas actuaron fuera de su competencia, y que por ello las probanzas obtenidas, esto es, los testimonios de los funcionarios conocedores de los hechos, ha sido con inobservancia de la garantía del debido proceso, de manera que la conclusión a que arriba el Juez de Garantía, esto es, que por haber actuado los funcionarios de Directemar

fuera de su competencia, las diligencias por ellos realizadas dan cuenta de la inobservancia de la garantía mencionada, se aparta del lógico devenir de los hechos y constituye un error que en ningún caso puede privar al ente persecutor y a sus auxiliares de intervenir en uso de las atribuciones que les son propias, y en cuanto ajusten su actuar a las exigencias previstas por la ley.

Octavo: Que por lo demás, esta garantía del debido proceso, que encuentra su expresión positiva en el inciso sexto del N°3 del artículo 19 de la Constitución Política, al señalar: "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos", no es ni más ni menos que el proceso que respeta los principios que van ínsitos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional, debiendo entenderse como el conjunto de normas y mecanismos idóneos para la resolución de los conflictos, donde es deber del Estado disponer de un órgano facultado para darle solución a la cuestión debatida, y asimismo, implica el respeto a aquellas normas procedimentales estatuidas por el legislador para mantener el equilibrio procesal de las partes.

En ese contexto, aparece que el sistema procesal penal está diseñado para que el Ministerio Público, con el auxilio de las policías y otros organismos especializados, entre ellos Directemar, investigue el hecho denunciado y recolecte los medios de prueba que en definitiva empleará para acreditar su acusación frente al Tribunal que corresponda, en

una investigación que es desformalizada, y en que se encuentra facultado para desarrollar las diligencias que resulten apropiadas para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades, pudiendo disponer al efecto, de todos los medios de prueba que guarden pertinencia sustancial con la materia que se conocerá por los Tribunales.

De esta manera, los errores, defectos o fallas en los registros de las diligencias investigativas que se denuncia por los acusados, no afectan el derecho a defensa desde que no se trata de personas ajenas a los hechos o que les sea desconocida, debiendo consignarse que la prueba esencial que servirá de base a la sentencia definitiva es aquella que se rendirá en el respectivo juicio oral, oportunidad en que la defensa debe interrogar y contra interrogar a los testigos presentados, sin que los errores u omisiones den cuenta de un perjuicio real al derecho que se invoca o signifique una infracción o desequilibrio a la igualdad de armas que debe existir entre los intervinientes.

Noveno: *Que así las cosas, estos sentenciadores concluyen que los testimonios de los 19 funcionarios de Directemar, que han sido individualizados bajo los N°1 a 19 de la acusación de la Fiscalía, relativos a las diligencias y procedimientos realizadas por ellos en torno a los hechos pesquisados, no han sido obtenidos con inobservancia de garantías fundamentales, en términos que habilite al Juez de Garantía para excluirlos del respectivo auto apertura, por lo que la decisión adoptada en tal sentido debe ser enmendada por medio del presente recurso de apelación, el cual*

será acogido, disponiéndose la incorporación de dicha prueba testimonial, que fuera ofrecida por el Ministerio Público en su acusación.

*Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 277 y 352 y siguientes del Código Procesal Penal, **SE REVOCA** la resolución apelada dictada en la audiencia de preparación de juicio oral de ocho de mayo del presente año, en cuanto excluyó del auto de apertura de juicio oral a los testigos Jorge Vielma Mancilla, Jaime Villegas Aros, Luis Torres Oyarzun, Ángelo Basso Torres, Manuel Jiménez Hormazabal, Luis López Vera, Eduardo Jara Arismendi, Claudio de la Fuente Sanhueza, Agustín Gómez Echeverría, Eduardo Bernal Zúñiga, Iván Castillo Zambrano, Tomas Iturriaga Rodríguez, Octavio Valenzuela Iturra, Juan Aldana Sanhueza, Cristian Vidal Elías, Jaime Aros Conejeros, Pablo Venegas Muñoz, Gabriel Aburto Villagrán, Jhon Rozas Roca, signados con los N°1 a 19 de la acusación del Ministerio Público, y en cambio se decide que todos ellos quedan incorporados en el auto de apertura de igual fecha, como pruebas que podrá rendir la Fiscalía.*

Regístrese, dése a conocer a los intervinientes y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Pedro Gúiza Gutiérrez.

Rol I. Corte N°66-2013.

Pronunciada por los Ministros Srta. MIRTA CHAMORRO PINTO y Sr. PEDRO GÜIZA GUTIÉRREZ y

el Fiscal Judicial Sr. JORGE ARAYA LEYTON. Autoriza doña VIVIANA SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Secretaria subrogante.

En Iquique, a treinta y uno de mayo de dos mil trece, notifiqué por el estado diario de hoy, la sentencia que antecede.

Corte Suprema

Santiago, veintinueve de octubre de dos mil trece.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, por sentencia de doce de agosto del año en curso, dictada en los autos RIT N°155-2012, RUC N°1100365553-0, condenó a Juan Zoilo Malache Rugel y a Jorge Anahua Mamani a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y a la pena pecuniaria de multa de 3 UTM como autores de Tráfico Ilícito de Estupefacientes, en grado de consumado, previsto y sancionado en los artículos 1 y 3 de la Ley 20.000, cometido el 25 de julio de 2012, sin costas.

No se les concede ninguna de las medidas alternativas para el cumplimiento de las penas contempladas en la Ley N°18.216, debiendo cumplir íntegra y efectivamente la pena corporal que les fue impuesta.

Contra la referida sentencia, las defensas de los acusados deducen recurso de

nulidad, el que se admitió a tramitación por resolución de dos de octubre del año en curso, que se lee a fs. 103, habiéndose fijado audiencia para su conocimiento, la que se realizó con la asistencia de las partes individualizadas en el acta de fs. 109.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que las defensas de los condenados deducen como causal principal la del artículo 373 letra a), del Código Procesal Penal, esto es, cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, por diversos motivos que explica de la siguiente manera:

1.- Debido proceso en su dimensión de legalidad de los actos del procedimiento, en cuanto a la actuación autónoma de la Policía Marítima:

En esta sección, se reclama la infracción al debido proceso consagrado en el artículo 19 N°3 inciso 6° de la Constitución Política de la República, exponiendo que el legislador entregó al Ministerio Público en forma exclusiva y excluyente la dirección de la investigación, conforme se dispone en los artículos 3, 80 y 180 del Código Procesal Penal, lo que implica que la policía no es autónoma en la investigación de hechos punibles y que sólo actúa como auxiliar del Ministerio Público y previa instrucción del fiscal, salvo en los casos que preceptúa el artículo 83 del código del ramo, lo que es ratificado por el artículo 84 de la citada normativa, que obliga a la policía informar de inmediato y por el medio

más expedito al Ministerio Público una vez que recibe una denuncia.

En cuanto a la policía marítima el artículo 34 de la Ley Orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo y la Marina Mercante contenida en el DFL N°292 señala “La Autoridad Marítima, sin perjuicio de sus demás funciones y facultades, podrá llevar a cabo en el mar territorial y en aguas interiores, las actividades que se señalan a continuación, en las circunstancias que en cada caso de indican:

a) Dar cumplimiento a las instrucciones que impartan los fiscales del Ministerio Público respecto de personas que pudieren encontrarse en naves artefactos navales; respecto de dichas naves o artefactos, o de los recintos portuarios, y

b) Realizar en los recintos portuarios y en las naves o artefactos navales las actuaciones que el Código Procesal Penal permite que la policía efectúe sin recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales, informando sobre ellas de inmediato al Ministerio Público”.

Es por lo señalado que la policía marítima sólo puede actuar previa instrucción del Ministerio Público o autónomamente en las situaciones previstas en el artículo 83 del Código Procesal Penal. En este caso se vulnera la garantía del debido proceso, puesto que se desarrolló una investigación previa, autónomamente, sin dirección ni instrucción del ente persecutor, inobservando con su actuación lo preceptuado en los artículos 80, 84 y 180 del estatuto procesal penal, situación que es corroborada por el oficial de la Armada Jaime Villegas Aros, quien señala que los pri-

meros datos se obtienen a inicios del mes de abril de 2011, antes de la orden de investigar del fiscal, que data del día 12 de abril de 2011, informaciones que se habrían obtenido de pescadores de la caleta sin señalar a éstos su calidad de funcionarios de la Armada, actuando como policías encubiertos sin que existiera la autorización del fiscal que exige el artículo 25 de la Ley N°20.000, vulnerando con ello los siguientes derechos y garantías:

a) Derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del hogar. (Información obtenida mediante engaño)

b) Derecho a defensa. (No se informa a los imputados la condición de policías, ni que eran sujetos de una investigación)

c) Derecho a guardar silencio y a la no autoincriminación. (Conversaciones informales con pescadores mediante engaños)

d) Presunción de inocencia.

Tales contravenciones son confirmadas por Jorge Vielma, Jefe del Departamento de Inteligencia Marítima de Directemar, al expresar que se recabó información antes de obtener la orden de investigar del fiscal. También lo señala en su declaración Ángel Basso.

La sentencia recurrida en su razonamiento duodécimo descarta la infracción de garantías fundamentales, sin tomar en cuenta que se obtuvieron elementos probatorios viciados y sobre esa base se desarrolló una investigación que culmina con la condena de los acusados.

2.- Debido proceso en su dimensión de legalidad de los actos del procedimiento, respecto de la labor investigativa

terrestre incluida las interceptaciones telefónicas desarrolladas por la policía marítima:

Esta afectación se produjo, en opinión de la defensa, en la labor investigativa terrestre de la policía marítima y aun en aquellas delegadas por el Ministerio Público, pues muchas de las diligencias se desarrollan fuera de su órbita territorial, lo que acarrea indefectiblemente la ilegalidad de éstas, pues sus funciones y facultades sólo pueden ser llevadas a cabo en el mar territorial, aguas interiores y en el borde costero hasta 80 metros contados desde la línea de las más altas mareas, según disponen el artículo 34 del DFL 292 y el artículo 79 del Código Procesal Penal.

A este respecto el testigo presentado por el Ministerio Público, Jaime Aros, reconoce un seguimiento vía terrestre, de los imputados, lo que es ratificado por el deponente Jorge Vielma.

En relación a las interceptaciones telefónicas, durante el juicio oral se determinó con claridad que estas fueron realizadas en Valparaíso en dependencias de Directemar, pese a que la autorización se otorgó para que la cumpliera el personal del Departamento de Información y Análisis de la Dirección General de Territorio Marítimo y Marina Mercante en las ciudades de Arica e Iquique, lo que excede el marco territorial autorizado por el juez de garantía para realizar la diligencia intrusiva.

3.- La garantía inobservada es el debido proceso en su dimensión de legalidad de los actos del procedimiento, por vulneración del artículo 41 de la ley N°20.000:

En este apartado, la defensa explica que durante la sustanciación del juicio oral se constató que la droga se incautó aproximadamente a las 23:00 horas del día 25 de julio de 2012 y se entregó al Servicio de Salud de Arica el 30 de julio de 2012, lo que es corroborado por el testigo Cristian Vidal, quien señala que la droga se mantiene en custodia desde la madrugada del 26 de julio de 2012 hasta su entrega el 30 de julio del mismo año al Servicio de Salud Arica, según instruyó el capitán de Puerto. Asimismo, Jaime Aros refiere que la droga es entregada al Servicio de Salud de Arica el 30 de julio de 2012, de manera que se incumplió el plazo de 24 horas que establece el inciso primero del artículo 41 de la Ley N°20.000 demora que se origina por la inobservancia del precepto señalado por los funcionarios de la policía marítima, incumpliendo además el deber de registro establecido en el artículo 228 del Código Procesal Penal.

4.- La garantía inobservada es el debido proceso, particularmente el derecho a defensa y sus dimensiones de conocimiento previo o intimación previa de los antecedentes de la investigación, derecho a controlar efectivamente la prueba de cargo, al contradictorio e igualdad de posiciones:

Finalmente, señala que en la audiencia de preparación de juicio oral se solicitó excluir toda la prueba testimonial ofrecida por haberse incumplido durante la investigación el deber de registro que pesa tanto sobre el Ministerio Público como sobre la policía marítima, porque las declaraciones no señalan que se realizan por orden de un fiscal, ni consignan los datos del funcionario que las

toma, sólo las firma el declarante. Así lo expresan al declarar Ángel Basso, Jorge Vilema, Manuel Jiménez, Luis Oyarzún, Juan Aldana, Claudio de la Fuente y Jaime Aros.

La falta de registro de las actuaciones de la investigación contraviene el derecho a defensa y en especial el derecho a controlar la prueba de cargo, por lo que no se le permite a la defensa contradecir efectivamente la acusación.

En relación a la inexistencia de cadena de custodia, expone que en la audiencia de preparación de juicio oral se pide excluir la prueba pericial consistente el Memo Reservado N°893 de 16 de octubre de 2012 del Servicio de Salud Arica que contiene el protocolo de análisis, pues no se contaba con un acta o cadena de custodia y por haber incumplido los plazo establecidos en el artículo 41 de la Ley N°20.000, con lo que se evidencia una vulneración al debido proceso por incumplimiento de deberes legales, tanto del fiscal como del juez de garantía.

SEGUNDO: Que, en subsidio de la causal ya descrita, la defensa esgrimió la del artículo 374 e), en relación con el artículo 342 c) y artículo 297, todos del Código Procesal Penal.

Señala que la causal se materializa en el considerando duodécimo del fallo impugnado, en relación con el razonamiento sexto de la sentencia en que se incorpora prueba documental por parte del ente persecutor.

Indica que el tribunal utiliza un razonamiento que no resulta lógico, puesto que no se hace cargo de la falta de concordancia entre la cantidad de droga

indicada en la acusación fiscal y la que se consigna en el acta de recepción del Servicio de Salud Arica, evidenciado con claridad la falta de cadena de custodia.

TERCERO: Que en lo pertinente solicita se acoja la causal principal invocada, anulando el juicio oral y la sentencia, determinando el estado que hubiere de quedar el procedimiento, a fin de que un tribunal no inhabilitado que corresponda disponga la realización de un nuevo juicio oral, fijando día y hora al afecto, declare asimismo que atendida la infracción sustancial de garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile, se excluya la prueba que detalla.

En caso de acogerse la causal subsidiaria, solicita que se anule el juicio, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y se ordene la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

CUARTO: Que para la acreditación de la causal principal, la defensa acompañó a su libelo de nulidad prueba documental referida a copias simples de documentos consistentes en Oficios Reservados, resolución emanada del Juzgado de Garantía de Iquique y copia de acta de recepción del Servicio de Salud Arica, mismas que se encuentran detalladas una a una en el numeral II del primer otrosí del presente recurso, las que fueron debidamente incorporadas mediante su lectura en la audiencia respectiva.

QUINTO: *Que en lo que atañe al primer acápite del recurso de nulidad y que dice relación con la vulneración del debido proceso, por la realización de actuaciones autónomas por parte de la policía marítima, resulta necesario consignar que ella conforme lo dispone el Decreto Ley N°2.222 de 2005, en sus artículos 95 y 96, en el desempeño de sus funciones tiene el carácter de fuerza pública, cuestión que ciertamente implica que cuenta con las mismas atribuciones que se consagran en los distintos cuerpos normativos a las policías, desarrollando sus funciones en lugares en que éstas últimas no actúan.*

Es por ello que cabe precisar, que DIRECTEMAR tiene por ley asignada dentro de sus atribuciones mantener el orden, seguridad y disciplina en el territorio que le ha sido asignado normativamente, lo que involucra evitar la comisión de posibles delitos dentro del ámbito de sus competencias. Así y como fundamento fáctico del primer apartado de la causal principal invocada y del precepto constitucional que se denuncia como quebrantado, se comprueba que la imputación se sustenta en que la policía marítima habría llevado a cabo una investigación autónoma, sin dirección del fiscal del Ministerio Público, que permitió la obtención de evidencia que se califica de ilícita y que resultó ser determinante en la decisión de condena adoptada.

Sobre este particular, la sentencia en su fundamento duodécimo, descarta la vulneración al debido proceso, puesto que si bien existieron en un primer momento actuaciones investigativas realizadas por la Armada de Chile, quienes toman conocimiento por fuentes

abiertas de la posibilidad que por vía marítima se ingresara droga al país, esos antecedentes se dan a conocer al Ministerio Público el día 11 de abril de 2011, expidiéndose en ese momento una orden de investigar con instrucciones de efectuar seguimientos, vigilancias y captación de imágenes en la vía pública.

De esta manera, los hechos que concluyen con la detención de los sentenciados se gestan en el marco de una investigación dirigida por el Ministerio Público y que comprendió diligencias intrusivas expresamente autorizadas, lo que arrojó como resultado la constatación del arribo de droga desde Perú a nuestro país por vía marítima, por lo cual la policía contaba con atribuciones para efectuar seguimientos y vigilancia.

En consecuencia, si bien la Carta Fundamental ha entregado al Ministerio Público la dirección de la investigación de hechos que puedan ser constitutivos de delitos, es el propio Código Procesal Penal el que otorga a la policía un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación conciliando su eficacia con el respeto a los derechos de las personas, para cuyo efecto el artículo 83 la faculta para practicar detenciones en casos de flagrancia, recoger y proteger cualquier objeto que pudiere haber servido a la comisión del delito investigado, identificar testigos y consignar sus declaraciones, lo que reafirma la norma del artículo 87 del mismo cuerpo legal. También se le permite a la policía, según el artículo 85, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de

que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta.

Conforme a lo que se ha expresado, el primer acápite del recurso ha de ser desestimado, desde que no se verifica la vulneración al debido proceso denunciada en el recurso en estudio.

SEXO: *Que con respecto a la imputación efectuada por la defensa de los sentenciados y que dice relación con la labor investigativa terrestre llevada a cabo por la Armada de Chile, en particular con seguimientos e interceptaciones telefónicas, como ya ha quedado determinado en el razonamiento precedente, una vez que DIRECTEMAR pone en conocimiento del ente persecutor la posible internación de droga al país por medio de embarcaciones provenientes de Perú, se expide una orden de investigar, en la que se faculta a los funcionarios de la policía para realizar de manera expresa seguimientos y vigilancia de todos aquellos que pudieren tener relación con el hecho indagado.*

Lo señalado implica que la policía marítima se encontraba diligenciando una orden de investigar dirigida por el fiscal a cargo, lo que ciertamente descarta el reproche que se efectúa en el recurso de nulidad en estudio.

En efecto, los seguimiento efectuados por los funcionarios fueron realizados dentro de la órbita de sus facultades, pues su ejecución tenía como finalidad impedir que se internara droga con el propósito de comercializarla en el país.

El reproche que efectúa la defensa, respecto de las interceptaciones telefónicas, en dependencias de DIRECTEMAR en la ciudad de Valparaíso y que no es

realizada por funcionarios de Arica e Iquique, lo que implicó exceder el marco jurisdiccional autorizado, para determinar la existencia de la denuncia alegada, es necesario recordar a lo señalado en estrados por el representante del Ministerio Público, en orden a que la autorización otorgada por el Juez de Garantía se refirió a la interceptación de un número de teléfono determinado, por lo que es indiferente donde se efectúa el registro de la grabación, por lo que la actuación de la policía no ha vulnerado el debido proceso, ni ha quebrantado garantías fundamentales de los sentenciados, debiendo desestimarse en este apartado el arbitrio.

SÉPTIMO: *Que en lo que atañe a la tercera inobservancia alegada por el recurrente y que dice relación con la infracción al debido proceso por vulnerar el artículo 41 de la Ley N°20.000, al determinarse que la droga es incautada el día 25 de julio de 2012, siendo entregada al Servicio de Salud de Arica con fecha 30 de julio del mismo año, transgrediendo con ello el plazo señalado en el precepto enunciado.*

Lo alegado por la defensa no ha sido controvertido por el Ministerio Público, encontrándose por tanto determinada la circunstancia fáctica sobre la que se construye el recurso, sin embargo, la inobservancia denunciada trae aparejada una sanción administrativa, y no la ilicitud de la prueba o una vulneración de garantías, máxime si la droga incautada en el procedimiento que termina con la detención de los inculpadados fue ingresada al Servicio de Salud de Arica, lo que excluye la infracción al debido proceso denunciada por la defensa.

A consecuencia de lo que se viene analizando, el reclamo que ahora se plantea aparece desprovisto de la trascendencia necesaria para acoger un recurso como el incoado.

OCTAVO: *Que la cuarta inobservancia en relación al debido proceso se sustenta en vulneración al derecho a defensa relativo al conocimiento previo de los antecedentes de la investigación en relación con el derecho a controlar la prueba de cargo, sustentado en la falta de registro de las declaraciones policiales. El agravio se funda en la falta de conocimiento de la prueba que sustenta la investigación, sin embargo para efectos de que se preste acogida al arbitrio su fundamento debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte que reclama. La infracción producida a los intereses del interviniente exige, además, sustancialidad, es decir, trascendencia, mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea en definitiva insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional del debido proceso.*

En el escenario descrito y de acuerdo a los antecedentes que arroja la causa, no hay duda alguna que no existió la vulneración alegada por la defensa, en primer término porque las declaraciones policiales se encuentran debidamente registradas en la investigación, pues el no señalarse que era por "delegación" del fiscal no constituye un vicio que pueda acarrear la nulidad alegada por la defensa y, además, porque dichos funcionarios concurren al juicio con la finalidad de poner en conocimiento del tribunal de las actuaciones desplegadas en el marco de la orden de investigar que se encuentran diligenciando,

lo que implica que sus declaraciones no eran desconocidas para la defensa, por lo que no es posible sostener que existió como se acusa en el recurso, algún quebrantamiento al derecho de controlar la prueba de cargo y preparar la estrategia tendiente a desvirtuar lo consignado en la investigación.

Por lo expresado la causal incoada no pudo prosperar.

NOVENO: *Que en relación al motivo subsidiario alegado, contenido en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación al artículo 342 letra c) de ese cuerpo legal, esta Corte ha resuelto que la ley exige respecto del examen de fundamentación, que los tribunales asienten ciertos hechos y expresen los medios que sustentan esas determinaciones fácticas. Efectivamente, la motivación de la sentencia legitima la función jurisdiccional y permite conocerla, no sólo al acusado sino a todos los intervinientes en el proceso criminal. Todo esto supone exponer razones, hacer interpretaciones y tomas de posición sobre las posturas que sustentan las partes en el juicio, plasmando en la decisión el convencimiento alcanzado y la explicación de la convicción adoptada. Es por ello y sin perjuicio de lo anterior, que cabe señalar que no resultan efectivos los defectos que postula el recurso en cuanto a la valoración de la prueba respecto de la falta de concordancia existente entre la cantidad de droga indicada en la acusación fiscal y la indicada por el Servicio de Salud de Arica, así como la falta de una cadena de custodia de ésta, pues la sentencia atacada cumple con todas las exigencias antes referidas, el tribunal recurrir a la prueba rendida y expone todas*

las reflexiones que condujeron al juez inequívocamente al establecimiento del hecho punible y las sustancia ilícita incautada, motivaciones que se expla-
yan sobre los medios de prueba ofrecidos, apreciados por el juez en la forma y dentro de los límites señalados en el artículo 297 del Código Procesal Penal.

Lo razonado para dar valor a los testimonios y demás pruebas presentadas en la audiencia del juicio, en desmedro de la teoría del caso de la defensa, no se traduce, en una contravención a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, pues el fallo aporta los motivos y expresa con claridad cómo y por qué arribó a una determinada conclusión.

Como se dijo, el recurrente no logra precisar cuáles serían los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados que habrían sido violentados por el sentenciador, lo único que destaca son ciertas contradicciones que surgirían de un análisis individual de las probanzas; pero esas protestas sobre la apreciación, más propias de un recurso de apelación, carecen de la eficacia legal requerida para configurar una causal de nulidad intentada.

Es así como en el fundamento quinto se expone la prueba testimonial del ente persecutor, en el sexto se describe la prueba documental del Ministerio Público, en el séptimo se analiza la prueba rendida por la defensa de los imputados y en el noveno, la prueba de cargo, sin que se advierta las supuestas omisiones del fallo que se denuncian.

Que en dicho contexto puede afirmarse que la sentencia cumple lo preceptuado

en el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, de modo que no se configura el vicio fundante de la causal de nulidad subsidiaria.

A consecuencia de lo analizado y por no ser efectivas las infracciones denunciadas, el recurso deberá ser íntegramente desestimado.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 359, 360, 373, 374 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido en lo principal de fs. 31 por las defensas de los condenados Juan Zoilo Malache Rugel y Jorge Anahua Mamani, contra la sentencia de doce de agosto de dos mil trece, cuya copia corre agregada a fs. 71 y siguientes de este legajo y contra el juicio oral que le precedió en el proceso RUC N°1100365553-0 y RIT N°155-2013, los que en consecuencia, **no son nulos**.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dolmestch.

Rol N°6441-13.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y los abogados integrantes Sres. Jorge Baraona G. y Alfredo Prieto B. No firma los Ministros Sres. Juica y Dolmestch, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y con licencia médica, respectivamente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN DELITOS SEXUALES
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

ALGUNOS DESARROLLOS DOGMÁTICOS Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LOS DELITOS CONTEMPLADOS EN LOS ARTÍCULOS 411 QUÁTER Y 411 TER DEL CÓDIGO PENAL

Karen Guzmán Valenzuela¹

Antecedentes generales

La Ley N°20.507, publicada el 8 de abril de 2011, tipificó los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y estableció normas para su prevención y más efectiva persecución penal. La dictación de esta normativa buscaba adecuar la legislación nacional a los tratados internacionales ratificados por Chile en la materia, especialmente, respecto del denominado Protocolo de Palermo, y entregar herramientas que permitieran hacer frente de manera efectiva a las organizaciones criminales que consideraban a Chile como un lugar atractivo para establecer su centro de operaciones, teniendo presentes sus ventajas económicas comparativas, el acceso a la tecnología, las facilidades y oferta variada en comunicación y transporte².

Antes de la entrada en vigencia del nuevo texto legal, el artículo 367 bis del C.P. sancionaba la siguiente conducta: *“El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales. Sin embargo, se impondrán las penas señaladas en el inciso segundo del artículo anterior en los siguientes casos: 1. Si la víctima es menor de edad. 2. Si se ejerce violencia o intimidación. 3. Si el agente actúa mediante engaño o con abuso de autoridad o confianza. 4. Si el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador o encargado del cuidado personal de la víctima. 5. Si el agente se vale del estado de desamparo económico de la víctima. 6. Si existe habitualidad en la conducta del agente”*.

Este delito denominado por parte de la doctrina como “trata de blancas” requería para su tipificación del cruce de fronteras de las víctimas y sólo tenía

1 Abogada de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Moción Parlamentaria, págs. 4 – 13 [en línea]. Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2013 [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

por finalidad la prostitución. A la luz de los instrumentos internacionales suscritos por Chile, esta norma era absolutamente insuficiente para cumplir con las obligaciones contraídas por el estado chileno, por lo que la Ley N°20.507, después de una larga tramitación en el Congreso, pretendió colmar las insuficiencias y vacíos de la legislación nacional sobre el particular.

En lo que interesa a las temáticas de competencia de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, la Ley N°20.507 introdujo dos tipos penales relevantes, a saber, los descritos en el art. 411 ter y en el artículo 411 quáter del C.P. Sobre ellos versará el análisis dogmático y jurisprudencial que se presenta en las próximas líneas. Sin embargo, antes de efectuar dicho análisis y como una forma de entregar un marco conceptual general para facilitar la interpretación y la aplicación de los mismos se hará una breve descripción de la trata de personas, en tanto fenómeno, y del contexto normativo internacional que sirvió de base para su configuración.

Descripción del fenómeno de la trata de personas

La trata de personas es un fenómeno que se presenta a nivel mundial y que se ha intensificado en las últimas décadas por diversos factores, tales como los procesos de globalización económica, las diferencias en la distribución de la riqueza entre las naciones y la revolución de las comunicaciones, lo que ha incidido en el incremento de los procesos migratorios en distintos países³.

Respecto de las víctimas de trata de personas, y teniendo en cuenta que las cifras son más bien referenciales dada la clandestinidad en la que se produce este delito y la renuencia de las víctimas a denunciar, se estima que durante el período 2007-2010, entre un 55% y un 60% de ellas correspondía a mujeres y, entre un 15% y un 20% de éstas, eran niñas.

Por otra parte, y durante el mismo período, las dos terceras partes de los tratantes eran hombres, aunque en este delito se observaba una mayor participación de mujeres. Si bien la trata con fines laborales ha ido en aumento, hay zonas del mundo como Europa, América y Asia Central en las que la trata con fines de explotación sexual prevalece⁴.

3 VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. "Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico penal". En: *Revista para el análisis del Derecho*, InDret 1/2012, Barcelona [en línea]. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/869.pdf> [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2013].

4 NACIONES UNIDAS, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Global Report on trafficking in persons*, Nueva York, 2012 [en línea]. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2013].

En términos generales, y sin pretender hacer una descripción exhaustiva, la trata de personas comienza con la captación de la víctima. Esta etapa corresponde, generalmente, al reclutamiento de ésta a través de una oferta de trabajo en el país de destino, que suele ser bastante interesante o tentadora para ella. Esta captación puede darse a través del boca a boca, esto es, por datos de un conocido, vecino o familiar que ha viajado ya al país de destino o que dice conocer a personas que han desarrollado proyectos migratorios exitosos en dicho lugar. En otros casos, la oferta se publicita en diarios, en sitios web o a través de agencias de empleo. La víctima suele ser engañada en relación a la oferta que se le presenta, al tipo de trabajo o actividad que va a realizar, la remuneración, o las condiciones reales de desarrollo de la respectiva labor⁵.

En muchas ocasiones la persona captada carece de los medios económicos para pagar sus pasajes, por lo que éstos son cancelados por el tratante, generando una deuda; en otras ocasiones, se endeuda o firma documentos para hipotecar sus bienes y con este dinero comprar los pasajes. En definitiva, la víctima contrae una deuda cuando viaja a otro lugar, con la esperanza de recuperar lo invertido.

Otras formas de captación son el secuestro o la generación por parte del tratante de una relación sentimental con la víctima, para luego seguir con las fases de traslado y de explotación.

Como la víctima va a trabajar al país de destino, sin contar normalmente con la documentación y las autorizaciones para ello, suele recibir instrucciones para el viaje acerca de cómo vestirse, comportarse y qué decir a la policía en el control fronterizo. Suele ocurrir que el propio tratante le entrega dinero para acreditar que tiene una bolsa de viaje como turista, reservas de hotel, cartas de presentación o contratos laborales falsos; todo lo cual debe ser costeadado por la víctima, incrementando así su deuda con el tratante.

Cuando la víctima llega al país de destino, muchas veces se le retiran sus documentos de identificación y pasaportes y comienzan las limitaciones al desplazamiento, lo que puede traducirse en encierro, vigilancia o en la administración de drogas o fármacos para asegurar el sometimiento de la persona tratada.

En el país de destino, la víctima ya sabe que ha sido engañada, que tiene una deuda con el tratante que debe pagar y comienza a ser explotada. En este contexto, el tratante desarrolla una serie de estrategias para mantenerla controlada. El Departamento de Estado de los Estados Unidos ha identificado

5 RIVERO, Mónica Beatriz. Segundo panel: Diagnóstico de la trata de personas y tráfico de migrantes en Chile y la Región. En: Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes*. Santiago, Chile, 26 de octubre de 2012, p. 60.

los siguientes métodos comunes de control de las víctimas: “*Restricción del movimiento: confiscar pasaportes, visas o documentos de identificación; acompañar constantemente a la víctima, insistir en hablar con ella o traducirle todas las conversaciones; aislar a la víctima no diciéndole la dirección o el lugar donde se encuentra; exigir que la víctima viva y trabaje en el mismo lugar. Condiciones de vida perjudiciales: Restringir el acceso a alimentos e indumentaria apropiada; prohibir el acceso a atención médica adecuada y no dar tiempo libre ni suficiente para dormir. Condiciones de trabajo perjudiciales: A cambio de la oportunidad de trabajar, cobrar una cuota elevada difícil o imposible de pagar; exigir horarios de trabajo extraordinariamente prolongados, con pocos o ningún descanso; limitar el número de días libres y pagar poco o nada, o de manera irregular*”⁶.

En el caso de la trata con fines de explotación sexual, es común el intercambio de mujeres entre locales del mismo dueño para renovarlas, evitar que éstas construyan lazos entre sí y los “clientes” y, desorientarlas geográficamente. Suelen producirse también traslados colectivos. Por otra parte, es frecuente observar un sistema de multas que se les aplica por una serie de comportamientos considerados como inadecuados por los tratantes, tales como: llegar tarde a “trabajar”, no vestirse adecuadamente, retrasarse en el servicio a un “cliente”, etc. Estas multas incrementan también la deuda que tiene la víctima con el tratante.

En este contexto de explotación, la víctima que tiene una deuda que pagar, no recibe todo lo que gana o se le retiene, total o parcialmente, el dinero que percibe para pagar su deuda. A la existencia y aumento de la deuda, se agrega su situación migratoria irregular, el temor a ser deportada, el desconocimiento del idioma, legislación, cultura e institucionalidad del país de destino; todo lo cual genera un contexto propicio para la explotación.

Como se deduce fácilmente, las diversas etapas por las que atraviesa la trata de personas hacen que normalmente exista más de un tratante, de ahí que se suela hablar en estos casos de organizaciones o grupos criminales que desarrollan esta actividad ilícita, pudiendo darse la figura de redes de carácter familiar, en las que la captación la realiza un pariente, amigo o conocido de la víctima y que presentan generalmente una organización más flexible o redes más sofisticadas, con mayor número de miembros y una importante distribución de roles y tareas.

Sobre las organizaciones que operan en la trata de personas, y siguiendo a la Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas, Villacampa destaca las siguientes características de la delincuencia organizada: desarrollo de actividades que implican una maximización del beneficio al menor costo

6 DEPARTAMENTO DE ESTADO DE USA, Trafficking in Persons Report (TIP), 2012 [en línea]. Disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/195803.pdf> [fecha de consulta: 17 de diciembre de 2013].

posible –con la consiguiente diversificación de las actividades ilícitas de la organización– y más que redes organizadas con estructuras muy jerarquizadas, tipo mafia, se observan organizaciones con estructura de red, esto es, pequeños grupos interconectados⁷.

También se ha detectado la concurrencia de un solo tratante, como sucede en los casos de trata con fines de servicio doméstico, cuando el tratante establece una relación sentimental previa con la víctima o cuando una víctima pasa a ser reclutadora, una vez saldada su deuda y sin que pertenezca a una organización criminal⁸.

Contexto normativo internacional

Hay un importante cúmulo de instrumentos internacionales que, desde principios del siglo XX, se han referido a la trata de personas y que muestran la evolución que ha experimentado su tratamiento a lo largo de los años⁹. Respecto de la trata de personas con fines de explotación sexual, en la que las víctimas son mayoritariamente mujeres, especial mención merece la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en cuyo artículo 6 se establece que los Estados partes se comprometen a tomar las medidas apropiadas para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.

No obstante, en la actualidad, el instrumento fundamental sobre esta temática es el denominado Protocolo de Palermo.

Como ya se indicara, una de las razones fundamentales que tuvo a la vista el legislador para dictar la Ley N°20.507, fue precisamente la adecuación de la legislación interna a una serie de instrumentos internacionales suscritos en la materia. Estos convenios eran principalmente la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos Complementarios contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños. Todos ellos conforman el contexto norma-

7 VILLACAMPA, ob. cit, págs. 19 y sgtes. [en línea]. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/869.pdf> [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2013].

8 VILLACAMPA, ob. cit, págs. 19 y sgtes. [en línea]. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/869.pdf> [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2013].

9 Para revisar la evolución histórica de los instrumentos internacionales en la materia, consultar: CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. La trata de personas en la normativa internacional y su regulación en Chile. En: VAN WEEZEL, Alex (edit.). *Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en Memoria de Enrique Cury*. 1ª ed., Santiago, Chile, Legalpublishing Thomson Reuters, 2013, págs. 900 y sgtes. y SOTO DONOSO, Francisco. *La asistematicidad en el tratamiento jurídico de los delitos vinculados a la trata de personas establecidos en el Código Penal a partir de la ley N°20.507*. Tesis para optar al grado de magíster, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013, págs. 11 y sgtes.

tivo internacional que sirve de marco interpretativo a la legislación chilena, en tanto fuente normativa inspiradora tenida a la vista al momento de su dictación.

En el Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, se define la trata de personas, en los siguientes términos:

“Artículo 3, Definiciones. Para los fines del presente Protocolo: a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquier de los medios enunciados en dicho apartado; c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años”¹⁰.

A partir de la anterior definición, se suele indicar que en la trata de personas se requiere que concurren tres elementos para su configuración, a saber: actividad, medios y fines. La actividad se refiere a las conductas punibles, esto es, a captar, trasladar, acoger o recibir personas. Los medios son los mecanismos que utiliza el agente para realizar las conductas que llevan a los fines y que corresponden a los medios comisivos: violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de vulnerabilidad. Y los fines, dicen relación con la finalidad que se persigue con la actividad, esto es, la explotación sexual, laboral o de otra índole¹¹. Estos mismos elementos se contemplan en la normativa introducida por la Ley N°20.507.

10 Para un análisis detallado del art. 3 del Protocolo de Palermo, consultar: SOTO DONOSO, Francisco. “Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3° del Protocolo de Palermo”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°39, Santiago, Chile, 2009, págs. 170-184.

11 Así se consigna en: CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18, p. 46 [en línea]. Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&cnro_ley=20507&anio=2013 [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

Análisis dogmático y jurisprudencial de los tipos penales regulados en los artículos 411 quáter y 411 ter del C.P.

En este apartado, se realizará un análisis de los delitos tipificados en la Ley N°20.507, específicamente, los ilícitos regulados en los artículos 411 quáter y 411 ter del Código Penal. En relación con este último, es importante considerar también la doctrina y la jurisprudencia existentes respecto del delito sancionado en el inciso primero del antiguo art. 367 bis del C.P., por tratarse de normas prácticamente idénticas, existiendo continuidad del tipo penal, como ya lo ha señalado la jurisprudencia.

Delito tipificado en el artículo 411 quáter del Código Penal

La Ley N°20.507 introdujo el artículo 411 quáter en el párrafo 5 bis, en el título VIII del libro II del C.P., que regula el delito de trata de personas en los siguientes términos:

“El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriera violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito”.

Como puede apreciarse, tanto la norma transcrita como la sancionada en el artículo 3 del Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, presentan un contenido similar, de ahí que el Protocolo sea una fuente a considerar al interpretar el tipo penal de trata de personas.

A continuación, se desarrollará el análisis dogmático y jurisprudencial de este delito, partiendo por una reflexión acerca del bien jurídico afectado.

a) Bien jurídico protegido

En la doctrina se discute acerca del bien jurídico protegido en el delito de trata de personas. Para algunos autores es la dignidad humana¹², por cuanto “la protección penal de la dignidad no se agotaría en la protección de la vida, la integridad física, la integridad moral, la libertad, el honor, la intimidad y otros derechos esenciales de la persona, pues siempre quedaría un “remanente”, lo específicamente humano, que podría ser menoscabado con independencia de que se atente o no contra la vida, la libertad, la intimidad, el honor, etc.... Dicho “remanente” o “residuo”, ese “algo” singular y distinto, que paradójicamente constituiría la esencia misma de la persona, podría ser directamente atacado por acciones que comporten la cosificación, instrumentalización, envilecimiento o humillación de la persona”¹³.

Sin embargo, diversos autores se oponen a considerar la dignidad como un bien jurídico distinto y autónomo de otros intereses protegidos por el Derecho Penal, pues ella subyace y se encuentra contenida con mayor o menor fuerza en todos los bienes jurídicos tutelados por éste¹⁴.

Para otra parte de la doctrina, el bien jurídico afectado en el delito de trata de personas es la libertad, en un sentido amplio. Así lo sostiene Carnevali quien señala que: “los objetos de protección [son] la libertad, la seguridad personal y la salud – regulados como delitos de peligro concreto”¹⁵. En Argentina, Colombo y

12 Así lo sostiene respecto del tipo penal español: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “El delito de trata de personas: Análisis del nuevo artículo 177 bis C.P. desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”. En: *AFDUDC*, N°14, 2010, p. 845; ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”. En: *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, N°17, Bogotá, Colombia, 2006, págs. 171-210; MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (2012), p. 100 y sgtes [en línea]. Disponible en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/896/865%E2%80%8E> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013] y ABOSO, Gustavo Eduardo. *Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*. Buenos Aires, Argentina, Euros Editores S.R.L., 2013, págs. 55 y sgtes.

13 ALONSO, ob. cit., p. 176.

14 En este sentido: RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, p. 82; CARNEVALI, ob. cit., págs. 913- 914 y MALDONADO FUENTES, Francisco. Cuarto panel: Acceso a la Justicia. En: Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes*. Santiago, Chile, 26 de octubre de 2012, p. 103.

15 CARNEVALI, ob. cit., p. 914.

Mángano plantean que lo que se busca proteger es la libertad de autodeterminación de la persona, entendida como la libertad de elegir un plan de vida^{16 17}.

Los tribunales chilenos ya se han pronunciado sobre esta discusión y han sostenido que el delito de trata de personas es pluriofensivo¹⁸.

REITERACIÓN DE DELITOS

Más allá de la discusión por el bien jurídico específico protegido en el delito de trata de personas, lo que no se discute es que la comisión de este delito menoscaba bienes jurídicos personalísimos. En consecuencia, por cada víc-

-
- 16 COLOMBO, Marcelo. La trata de personas con fines de explotación sexual frente a la desigualdad y la vulnerabilidad. En: KOHEN, Beatriz (comp.) y ARUZA NAVARRETE, Sonia (colab.). *Trata de personas con fines de explotación sexual. Cuestiones interjurisdiccionales*. Ad -Hoc Srl. 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, 2013, p. 32 y COLOMBO, Marcelo Luis y MÁNGANO, María Alejandra. “El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal”. En: *Revista del Ministerio Público*, N°11, Año 7, Provincia de Buenos Aires, Argentina, 2010, p. 4 [en línea]. Disponible en: http://www.mpf.gov.ar/Accesos/Ufase/consentimiento_victima_trata.pdf [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].
- 17 ONTIVEROS, Miguel. Tercer panel: Políticas Públicas. En: Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes*. Santiago, Chile, 26 de octubre de 2012, p. 86, quien indica que el bien jurídico protegido en el delito de trata de personas es el libre desarrollo de la personalidad por cuanto el tratante impide que la víctima sea la persona que es sin injerencias externas.
- 18 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012, considerando undécimo: “*Este tipo penal parte de una modificación legal que pretende armonizar el derecho chileno con la normativa internacional sobre trata y tráfico de personas, suscrita por Chile, a saber, la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire, y para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, en donde se pretende reprimir la existencia de organizaciones criminales y a la afectación grave de bienes jurídicos vinculados a la dignidad humana, lo que transforma a este delito en pluriofensivo, por la multiplicidad de bienes jurídicos que protege, entre otros la vida e integridad, libertad y seguridad personal y libertad sexual y de trabajo*”; Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 2 de noviembre de 2013, RUC N°1200922694-8, RIT N°293-2013, considerando décimo tercero, voto de mayoría, con recurso de nulidad pendiente en la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago: “*Se trata de un delito pluriofensivo, en que se afecta gravemente una multiplicidad de bienes jurídicos vinculados a la dignidad humana tales como, la vida, la libertad, la seguridad personal y la libertad sexual y de trabajo. En el caso específico que nos ocupa, se apunta directamente a afectar la libertad sexual*” y el Juzgado de Garantía de Molina, 27 de agosto de 2013, RUC N°1300463325-8, RIT N°760-2013, a propósito de un caso de trata de personas con fines de trabajos o servicios forzados señala, en su considerando octavo, que las conductas atribuidas a los acusados afectan la multiplicidad de bienes jurídicos amparados por el tipo de trata de personas, específicamente, la libertad personal de las víctimas, su integridad física y psíquica y la libertad de trabajo, en el sentido de su protección y libre elección. Por otro lado, el Tribunal Supremo Español, en sentencia de 17 de mayo de 2011, ROJ 378/2001 sostiene que se protege la dignidad y la libertad, aunque respecto del delito contemplado en la legislación española anterior al delito incorporado a través del art. 177 bis.

tima afectada, se configurará un delito de trata de personas¹⁹, como ya lo han resuelto los Tribunales de Justicia²⁰.

b) Sujeto activo

El delito de trata de personas del artículo 411 quáter del C.P. puede ser cometido por cualquier persona.

- 19 CÁRDENAS ARAVENA, Claudia. Sobre ciertos problemas que se han suscitado en relación al delito de trata de personas, p. 24 [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].
- 20 Sobre el particular, el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en sentencia pronunciada el 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012, considerando décimo noveno, indicó: “*DÉCIMO NOVENO: Determinación de Pena. Que en cuanto a la petición de delito continuado respecto de los hechos tres y cuatro, cabe señalar que el autor Eugenio Zaffaroni señala que “habrá conducta continuada cuando con dolo que abarque la realización de todos los actos parciales, existente con anterioridad al agotamiento del primero de ellos, el autor reitere similarmente la ejecución de la conducta en forma típicamente idéntica o similar, aumentando así la afectación del mismo bien jurídico, que deberá pertenecer al mismo titular sólo en el caso que implique una injerencia en la persona de éste”* (ZAFFARONI, EUGENIO. “Derecho Penal. Parte General”. Ediar. Buenos Aires Argentina. 2002.)...*Que a juicio de este Tribunal no puede desatenderse que los bienes jurídicos que se han vulnerado, entre ellos, la indemnidad sexual, en que en cada una de las acciones ejecutadas por los acusados agotaron la realización de la conducta típica, con un dolo idéntico, no existiendo en la mente de los agentes el ir aumentando la afectación del bien jurídico, como sí puede apreciarse por ejemplo, en un delito de tipo patrimonial. No puede arribarse a idéntica conclusión con la indemnidad sexual, pues en cada una de las conductas efectuadas, el agente deseaba agotar su propia intención, no pretendía ir aumentando cada día el daño emocional que le causaba a la víctima. Por ello es del parecer de estos jueces, que atendiendo a la clásica interpretación doctrinaria del delito continuado, y además, por el origen que esta figura jurídica tiene, que fue morigerar la aplicación de una ley que preveía la horca en el Derecho Italiano para quien incurriera en tres o más hurtos* (POLITOFF L., SERGIO; MATUS A., JEAN PIERRE Y RAMÍREZ G., MARÍA CECILIA. “Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Segunda Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, año 2003. pág. 452), lo que lo sitúa en el ámbito de los delitos contra la propiedad, éste no es procedente cuando lo que se ha afectado entre otras, la indemnidad sexual de una persona, que siendo un derecho personalísimo, requiere la máxima protección legal y jurisprudencial, por lo que se rechaza lo solicitado por la defensa de Manzueta”. La Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago, en resolución de fecha 7 de noviembre de 2012, Rol N°2.624-2012, considerando tercero, rechazó un recurso de nulidad interpuesto por la defensa y en lo relativo a este punto señaló: “*Que, por último, en el considerando décimo noveno, en cuanto no consideraron como continuado el delito de trata de personas con fines de explotación sexual, consignaron las razones doctrinarias y fácticas para rechazar la pretensión de la defensa de la condenada Alba de las Mercedes Arancibia Rojas... En todo caso no está demás consignar que la tesis del delito continuado es una construcción doctrinaria no contemplada en nuestro derecho positivo, motivo por el que al no acoger la sentencia impugnada tal tesis, no incurrió en forma alguna en una errónea aplicación del derecho y menos aún pudo tal calificación influir sustancialmente en lo dispositivo de ella*”. En el mismo sentido, Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 2 de noviembre de 2013, RUC N°1200922694-8, RIT N°293-2013, considerando vigésimo y Juzgado de Garantía de Molina, 27 de agosto de 2013, RUC N°1300463325-8, RIT N°760-2013, considerando sexto.

Sin perjuicio de lo anterior, el legislador chileno quiso asegurarse que todos aquellos que participaban en la comisión de este delito fueran sancionados, de ahí que la incorporación del inciso final del art. 411 quáter del C.P. pone de manifiesto que la sanción de quien promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas de captar, trasladar, recibir o acoger personas no tenga otro sentido que evitar que sujetos que no ejecutan los verbos rectores propiamente tales, esto es, que no realizan acciones directas o materiales sobre las víctimas, tal como podría suceder con el financista, queden impunes²¹.

c) Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo en este delito puede ser cualquier persona.

Respecto de la víctima menor de 18 años, y tal como se establece también en el artículo 3, letra c) del Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, no se requiere que concurran medios comisivos, pues se presume la vulnerabilidad de la víctima por el solo hecho de ser menor de edad.

d) Conducta punible: captar, trasladar, acoger, recibir

El delito de trata de personas es de aquéllos denominados por la doctrina como de hipótesis múltiple, esto es, para satisfacer el tipo penal basta con la realización de cualquiera de los verbos rectores²².

El Diccionario de la Real Academia Española define estos verbos del siguiente modo: Captar, atraer a alguien, ganar la voluntad o el afecto de una persona; trasladar, llevar a alguien o a algo de un lugar a otro; acoger, admitir en su casa o compañía a alguien, servir de refugio o albergue a alguien; recibir, admitir a una persona en su compañía o comunidad²³.

Si se revisa el artículo 411 quáter, se advierte que este tipo penal no distingue si las conductas punibles deben realizarse dentro del territorio nacional o con cruce de las fronteras del país; de ahí que se pueda concluir que esta norma también sanciona la trata interna, es decir, aquellos casos en los que la víctima

-
- 21 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18, págs. 210 y sgtes. [en línea]. Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2013 [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].
- 22 CÁRDENAS, ob. cit., p. 15 [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 18 de noviembre de 2013]. Así lo recoge también, el Juzgado de Garantía de Molina, 27 de agosto de 2013, RUC N°1300463325-8, RIT N°760-2013, considerando sexto.
- 23 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea]. Disponible en: <http://rae.es/recursos/diccionarios/drae> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

no sale del territorio nacional. Así se deduce, también, de la Historia de la Ley N°20.507²⁴ ya que una de las grandes críticas a la figura contemplada en el art. 367 bis del C.P. era precisamente que ésta no sancionaba la trata interna, a diferencia de lo que sucedía con el Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños²⁵.

En este contexto, resulta atingente preguntarse en qué casos podría configurarse este delito cuando la víctima es captada, trasladada, recibida o acogida al interior del territorio nacional, tomando en cuenta que el traslado puede ser de un extremo a otro del país o de una comuna a otra dentro de una misma región. En la Historia de la Ley N°20.507, se dejó constancia que en la trata es determinante que la víctima sea llevada a una comunidad distinta de aquella que habitaba, esto es, que la víctima sea desarraigada²⁶.

El concepto de “desarraigo” ha sido desarrollado en diversos documentos internacionales. Así, por ejemplo, la Organización Internacional para las Migraciones señala que las actividades que realiza el tratante, como el traslado, implican el desarraigo de la víctima, entendido éste como el alejamiento de ésta de sus redes protectoras, con el fin de dejarla en una condición de vulnerabilidad²⁷.

En el Manual sobre la Investigación del delito de trata de personas de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito²⁸ –documento citado en algunos fallos para definir ciertos términos del tipo penal del art. 411 quáter del C.P.–, se señala en relación con el desarraigo que: “*la víctima es separada del lugar o medio donde se ha criado o habita y/o se cortan los vínculos*”

24 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18, p. 52, 53, 65 y 100 [en línea]. Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2013 [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

25 Recogiendo esta postura también: CARNEVALI, ob. cit., págs. 917 y 918, por las razones que allí indica.

26 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18, p. 161 [en línea]. Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2013 [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

27 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES [en línea]. Disponible en: <http://www.oim.org.co/conceptos-trata.html> [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2013].

28 NACIONES UNIDAS, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Manual sobre la Investigación del delito de trata de personas, Guía de Autoaprendizaje, 2009, p. 11 [en línea]. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2013].

*afectivos que tiene con ellos, mediante el uso de la fuerza, la coacción o el engaño. El objetivo del desarraigo es evitar el contacto de la víctima con sus redes sociales de apoyo: familia, amistades, vecinos, a fin de provocar las condiciones de aislamiento que permiten al tratante mantener control y explotarla. El desarraigo forma parte de la fase de captación de la trata pero se materializa en el traslado de la víctima al lugar de explotación. Cuando se llega al destino final la víctima es despojada, casi en todos los casos, de sus documentos de identidad y viaje y otras pertenencias que la ligan con su identidad y lazos familiares y afectivos. Lo usual es que se vea privada de su libertad desde ese momento pero en algunos casos se le permite comunicación con sus familiares o personas cercanas, incluso una visita ocasional pero bajo control total sobre lo que dice o hace de manera que no tenga oportunidad de comentar lo que le está pasando. Lo cierto es que los mecanismos de dominación mantienen el vínculo entre víctima y victimario. El desarraigo siempre se mantiene en situaciones de trata, incluso la víctima lo acepta como una medida de protección a sus mismos familiares y otras personas cercanas*²⁹.

La discusión acerca de la sanción de la trata interna ya se ha producido en los tribunales chilenos, pues el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago calificó como delito del art. 411 quáter una situación en la que una ciudadana dominicana fue captada por la líder de la organización mientras hacía trámites en el Departamento de Extranjería de Santiago de Chile; oportunidad en la que la acusada le ofreció ayuda. Cuando la víctima quedó sin trabajo, recurrió a la imputada, quien engañándola y aprovechando su situación de vulnerabilidad, la trasladó a San Antonio donde fue explotada sexualmente³⁰. En este caso, todas las conductas se produjeron cuando la víctima ya se encontraba en Chile, por lo que claramente el tribunal oral sancionó la trata interna.

Si bien el desarraigo no es un elemento típico del delito establecido en el art. 411 quáter³¹, corresponde a un concepto claramente ligado a la fase de traslado de la víctima que tiene por finalidad generar una situación de vulnerabilidad de ésta a fin de generar un contexto propicio para su explotación.

e) Medios comisivos

El artículo 3, letra b) del Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños indica que: *“El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá*

29 Definición recogida en el fallo del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012, considerando duodécimo.

30 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012.

31 Así lo destaca: CÁRDENAS, ob. cit., p. 16 [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].

en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado”.

Si bien la legislación chilena no contempla una norma semejante, parece claro que en los casos en que la víctima consiente en la explotación, lo ha hecho con una voluntad inexistente –cuando concurre fuerza o intimidación– o, viciada, cuando hay engaño o aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad³².

Para seguir cierto orden al analizar los medios comisivos, se utilizará la clasificación que usa Villacampa³³ de los mismos, de acuerdo con el delito de trata de personas regulado en el artículo 177 bis del C.P. español, también tributario del artículo 3 del Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños.

TRATA FORZADA

En este caso, los medios comisivos utilizados corresponden a la violencia, la intimidación y la coacción. En la tradición jurídica nacional, la primera se define como la fuerza física ejercida sobre la víctima para doblegar su voluntad y la segunda como la violencia moral o amenaza de un mal grave dirigido contra la víctima o un tercero vinculado afectivamente con ella (familiares)³⁴. La coacción se conceptualiza como la fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo³⁵.

En la trata forzada, no hay consentimiento de la víctima. Hasta el momento, no existe desarrollo jurisprudencial nacional sobre estos medios comisivos.

32 CÁRDENAS, ob. cit., p. 9. [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].

33 VILLACAMPA, ob. cit., págs. 844 y sgtes. Se hace la salvedad que la norma española no contempla como medios comisivos la coacción, el abuso de poder, ni la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, pero se estima que igualmente pueden ser asignados a las categorías propuestas. Respecto al abuso de poder y la concesión de pagos, son comprendidos en la trata abusiva en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina y TORRES ROSELL, Núria. “Mujeres víctima de trata en prisión en España”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª época, N°8, 2012, p. 418 [en línea]. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2012-8-5120&dsID=Documento.pdf> [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2013].

34 POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, págs. 244 y 245.

35 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea]. Disponible en: <http://rae.es/recursos/diccionarios/drae> [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2013].

TRATA FRAUDULENTA

Es uno de los medios comisivos que se presenta con mayor frecuencia. El engaño es definido por la Real Academia de la Lengua Española como dar a la mentira apariencia de verdad o inducir a alguien a tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras o de obras aparentes o fingidas³⁶.

Este medio comisivo ya ha sido analizado por los tribunales, teniéndolo por configurado en situaciones como las que se describen a continuación: *“En cuanto al engaño están los dichos de la propia víctima de iniciales Y.E.O., quien refirió que le dijeron que iba a trabajar como garzona sirviendo tragos o en turismo, versión que en el caso particular iba cumplir la finalidad de crearle una falsa expectativa de los hechos, por cuanto el ofrecimiento de trabajo efectuado para captarla fue realizado por una persona de confianza para ella, a saber, la tía de su ex pareja, hecho no menor, al decir de las sicólogas Muñoz y Camplá, puesto que representa un factor que no le daba motivos para cuestionar lo que le decían...”* y *“En cuanto al engaño están los dichos de la propia víctima al indicar que iba a trabajar como garzona, sirviendo tragos, versión que en el caso particular iba cumplir la finalidad de crearle una falsa expectativa de los hechos, pues al ser evaluada por la sicóloga Navarro señaló que se trata de una persona con un funcionamiento psicológico, en general, por debajo de lo esperado, particularmente en el área cognitiva y la evaluada presenta un tipo de pensamiento muy concreto, con dificultad de comprensión y una descendida capacidad de reflexión y análisis, por lo que cabe estimar que el engaño en la misma era fácil de construir, el que cobra relevancia al momento de la reclutación, es decir, cuando es captada por el tratante, en este caso Gregoria Manzueta, se aprovecha que la víctima requiere trabajo y le ofrece lo que necesita para que enganche con ella”*³⁷.

Por otra parte y estimando que no se acreditó la concurrencia del engaño, aunque respecto de la figura descrita en el art. 367 bis, inciso segundo, numeral tres del C.P., el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, razonó del siguiente modo: *“Ahora, en lo que concierne a la circunstancia N°3 del inciso 2° del derogado artículo 367 bis, que requiere que el agente actúe mediante engaño, para su concurrencia como calificante (o agravante) de la conducta base típica se requiere que éste tenga una cierta entidad o un umbral mínimo para su procedencia lo que en la especie no se acreditó. Efectivamente, si bien ambas víctimas ingresaron al país*

36 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea]. Disponible en: <http://rae.es/recursos/diccionarios/drae> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

37 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012, considerando undécimo y décimo tercero, respectivamente. En sentido similar, Juzgado de Garantía de Molina, 27 de agosto de 2013, RUC N°1300463325-8, RIT N°760-2013, considerando sexto, y Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 2 de noviembre de 2013, RUC N°1200922694-8, RIT N°293-2013, considerando décimo tercero, voto de mayoría, con recurso de nulidad pendiente de resolución en la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago.

creyendo que venían a ejercer labores de asesoras del hogar, lo cierto es que no existen antecedentes de que el imputado Figueroa hubiera facilitado el ingreso mediante engaño, ninguna prueba hay al respecto. En lo que respecta a la imputada Mora, si bien ésta inicialmente les señaló a las víctimas que trabajarían como empleadas domésticas, aquellas afirmaciones no reúnen la entidad suficiente para ser consideradas como un actuar engañoso, en los términos exigidos por este precepto, dado que cuando las afectadas llegan al departamento de Helvecia, antes de que comenzaran a prostituirse, ellas claramente pudieron representarse que la supuesta labor de asesoras domésticas que iban a realizar no era tal, principalmente por el hecho que F. cuando llega se percata que en el departamento había ropa de mujeres y preservativos, que en la cocina había una imagen de una chica llena de joyas y sangre y al hecho que en sala había una cama, F. incluso reconoce que esto le pareció raro, cuestiones que ella apreció antes de que se les solicitara que comenzaran a sacarse fotos para subirlas a sitios de internet de comercio sexual. Lo anterior permite colegir que ellas pudieron representarse al menos desde que estuvieron en el departamento de Helvecia que la labor que tendrían que realizar no era de empleadas sino que estaba dirigida a otro propósito, por lo que claramente no existió un engaño con la entidad suficiente. En el mismo sentido de lo ya razonado, se ha señalado por la doctrina, a propósito del derogado delito de trata de blancas (artículo 367 bis en comento) que para aplicar la agravación, el engaño debe ir “más allá de una simple verbalización de una afirmación mendaz, pues la realidad criminológica indica que éstas son las vías mediante las cuales se comete este delito, no siendo habitual que al momento de trasladar a las personas de su país de origen éstas se encuentren plenamente advertidas de los propósitos reales del autor” (POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Segunda Edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 215)^{38 39}.

Al analizar la argumentación desarrollada por los tribunales acerca de este medio comisivo, resulta evidente que para configurar el engaño hay que tener presente las condiciones personales de comprensión, formación cultural y nivel de experiencia de cada víctima.

TRATA ABUSIVA

El abuso de poder, el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima y la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra corresponden a los medios comisivos más difíciles de delimitar,

38 Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 5 de agosto de 2013, RUC N°1000545158-8, RIT N°110-2013, considerando noveno.

39 Bajo un modus operandi similar –esto es, con proposiciones falsas de ofertas de trabajo–, se tuvo por configurado el engaño bajo la figura del art. 367 bis, inciso segundo, numeral tres del C.P. por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 10 de octubre de 2006, RUC N°0500018167-8, RIT N°161-2006, considerando décimo.

puesto que en el ordenamiento jurídico chileno no hay antecedentes previos acerca de los mismos, salvo, quizá, respecto del desamparo económico que se contemplaba en la antigua norma del artículo 367 bis, inciso segundo del C.P. y que se encuentra comprendido en el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad.

Abuso de poder: Cárdenas da un sentido amplio a dicha expresión, integrando no sólo los casos constituidos por el desempeño de un determinado cargo público sino que por posiciones de poder que dan la ostentación de cargos que no son públicos, poniendo el foco de la atención en quien ejerce abusivamente el poder y no en una especial condición de vulnerabilidad de la víctima para distinguirlo de este último medio comisivo⁴⁰.

Aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad: Este medio comisivo es el que junto al engaño ha tenido mayor aplicación. Se trata de una expresión que no tiene antecedentes previos en la legislación chilena, de ahí que se ha recurrido a diversos instrumentos internacionales para delimitarlo. En la Historia de la Ley N°20.507 se dejó constancia que este medio comisivo se debía analizar en cada caso⁴¹.

En los Trabajos Preparatorios del Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, se consignó que hacía referencia a toda situación en la que la víctima no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata⁴².

En la nota orientativa de la UNODC sobre el particular, se indica que para evaluar la existencia de vulnerabilidad hay que hacerlo caso a caso, considerando la situación personal, geográfica y circunstancial de la presunta víctima. La vulnerabilidad originada en la situación personal puede estar relacionada con una discapacidad física o psíquica, la geográfica puede deberse a que la persona se encuentra en una situación irregular en un país extranjero y esté social o lingüísticamente aislada y, finalmente, la vulnerabilidad circunstancial puede relacionarse con el desempleo o el deterioro económico. Esta vul-

40 CÁRDENAS, ob. cit., págs. 12 y 13 [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].

41 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18, p. 211 [en línea]. Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&no_ley=20507&anio=2013 [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

42 NACIONES UNIDAS. Trabajos Preparatorios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, C. Notas Interpretativas, letra c) p. 366 [en línea]. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].

nerabilidad puede ser preexistente, como puede suceder con la pobreza, la discapacidad psíquica o física, la juventud o la avanzada edad, el género, un embarazo, la cultura, el idioma, las creencias, la situación familiar o la condición de irregularidad. Pero también puede haber sido creada por el tratante, como sucede cuando se genera un aislamiento social, cultural o lingüístico en la víctima, una situación irregular o una dependencia provocada mediante una drogadicción, un vínculo romántico o emocional, o recurriendo incluso a rituales o prácticas culturales o religiosas^{43 44}.

En términos de la UNODC, el abuso de una situación de vulnerabilidad se presenta cuando: *“la vulnerabilidad personal, geográfica o circunstancial de una persona se usa intencionadamente o se aprovecha de otro modo para captar, transportar, trasladar, acoger o recibir a esa persona con el fin de explotarla, de modo que la persona crea que someterse a la voluntad del abusador es la única alternativa real o aceptable de que dispone y que resulte razonable que crea eso a la luz de su situación. Al determinar si es razonable la creencia de la víctima de que no tenía otra opción real o aceptable deben tenerse en cuenta sus características y circunstancias personales”*⁴⁵.

Los Tribunales de Justicia también han tenido oportunidad de pronunciarse sobre este medio comisivo y lo han hecho del siguiente modo: *“...Además, que tratándose de una migrante, que abandona a su familia de origen, llega a un país lejos de su tierra, ciudad, familia y recursos sociales lo que hace que se encuentre en estado vulnerabilidad, y sea una víctima ideal para organizaciones ilícitas que buscan aprovecharse de su desprotección para solucionar su situación, siendo manejada por aquéllas, sin oposición por la indefensión que se encuentra una persona en esas condiciones. Todos estos elementos permiten configurar un perfil de vulnerabilidad de la evaluada respecto del delito que se investiga. Lo cual significó que Y.E.O. debió ejercer la prostitución, por el estado de necesidad económica en que se encontraba”* y, *“...En cuanto a la situación de vulnerabilidad, se encuentra establecida, en especial con lo indicado por la perito Navarro al señalar que “a nivel personal destaca, en primer lugar, variables de personalidad relacionadas a lo ya descrito que tienen que*

43 NACIONES UNIDAS, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, p. 2 [en línea]. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Guidance_Note_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability_S-1.pdf [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].

44 En un sentido muy similar: las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, págs. 5-9 [en línea]. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/americas/ReglasdeBrasilia-2008.pdf> [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2013].

45 NACIONES UNIDAS, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, p. 2 [en línea]. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Guidance_Note_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability_S-1.pdf [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].

ver con su baja asertividad y tendencia a la sumisión y a la pasividad en relación con los otros, también se incluye el déficit cognitivo importante que ella presenta, así como el antecedente de baja escolarización. A nivel social, se consideran los elementos de pobreza y de falta de oportunidades en general en su situación de origen y que se expresan en el momento actual, una vez que llega a Chile como una necesidad imperiosa de resolver una situación económica, necesidad de trabajo concretamente, con la finalidad de mantener y sostener a su familia, particularmente sus cuatro hijos. A esto se suma, la ausencia de redes sociales de apoyo en Chile, particularmente de redes de contención, así como el desconocimiento de las costumbres, la cultura y la normativa chilena, en especial en cuanto a sus derechos como inmigrante. Todos estos elementos permiten configurar un perfil de vulnerabilidad de la evaluada respecto del delito que se investiga.” Todo lo cual significó que M.P.F. no pudo resistirse, como ella misma dijo, a ejercer la prostitución, por el estado de necesidad económica en que se encontraba y que fue graficado por la perito indicada, todo lo que genera un desamparo de la víctima al encontrarse en un país desconocido. Además, que tratándose M.P.F. de una migrante, que abandonó a su familia de origen, llegando a un país lejano, produciéndose un desarraigo familiar y social, que la hace encontrarse en un estado de vulnerabilidad, situación que Manzueta y Arancibia utilizaron y se aprovecharon. Y en cuanto a Fuenzalida la forma de comisión utilizada dice relación con el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima de iniciales M.P.F., lo que se vio reflejado en la circunstancia de permitir el encierro por parte de la persona que estaba a cargo del lugar^{46 47}.

No basta con acreditar la existencia de una situación de vulnerabilidad, se requiere además que el tratante se aproveche de dicho contexto con la finalidad de explotar a la víctima; así lo han resuelto también los Tribunales de Justicia^{48 49}.

46 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012, considerando undécimo y décimo tercero, respectivamente.

47 No tuvo por probado el medio comisivo, Tribunal Oral en lo Penal de Arica, 16 de enero de 2013, RUC N°1100580783-4, RIT N°340-2012, considerando duodécimo, al estimar que las víctimas optaron libremente por ejercer el comercio sexual.

48 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012. En este caso, el tribunal tuvo por acreditada la concurrencia de una situación de vulnerabilidad de las víctimas, no obstante, estimó que las tratantes no se habían aprovechado de dicha situación, por cuanto en su concepto las presuntas afectadas habían tenido la opción de decidir si se dedicaban al comercio sexual o no.

49 En términos similares: sentencia Tribunal Supremo Español, 15 de marzo de 2011, ROJ 1853-2011, considerando quinto, aunque pronunciada antes de la introducción del delito incorporado por el art. 177 bis.

Aprovechamiento de la situación de dependencia de la víctima: Para Cárdenas implica abusar de un tipo particular de vulnerabilidad, que se genera cuando la víctima está sujeta a la voluntad de otra persona⁵⁰.

Concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra: Consta en la Historia de la Ley N°20.507 que este medio comisivo se entendía configurado, por ejemplo, por pagos hechos a un padre para que entregue a una hija menor de edad para ser explotada sexualmente⁵¹. Sin embargo, Cárdenas plantea que en este caso no se aplica porque en lo tocante a los niños no se necesita la concurrencia de medios comisivos, debiendo considerarse comprendidas aquellas situaciones en las que una persona tenga la facultad de consentir por otra⁵².

f) Elemento subjetivo. Finalidad. Explotación sexual, incluida la pornografía

El delito de trata de personas sólo puede ser cometido con dolo directo y además requiere de una tendencia interna trascendente, esto es, las conductas punibles se deben realizar con una finalidad: la explotación sexual⁵³.

El Diccionario de la Real Academia Española, define el término “explotación” como la utilización de una persona para el provecho económico de otra⁵⁴. En este caso, el lucro es consustancial al concepto de explotación.

En otra acepción considerada por la Real Academia Española, la explotación se conceptualiza como la utilización en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, de las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera⁵⁵. Aquí, se pone el acento en ciertas condiciones abusivas de la explotación, que podrían configurarse cuando hay

50 CÁRDENAS, ob. cit., p. 14 [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].

51 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18, p. 209 [en línea]. Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2013 [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

52 CÁRDENAS, ob. cit., págs. 14 y 15 [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].

53 CÁRDENAS, ob. cit., p. 19 [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013]. También: VILLACAMPA, ob. cit., p. 846.

54 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea]. Disponible en: <http://rae.es/recursos/diccionarios/drae> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

55 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea]. Disponible en: <http://rae.es/recursos/diccionarios/drae> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

remuneración inadecuada, horario desproporcionado, ausencia de días libres, condiciones insalubres, etc.⁵⁶.

En los Trabajos Preparatorios del Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, se entiende por explotación sexual, con respecto a un adulto, la prostitución [forzada], la servidumbre sexual o la participación en la producción de material pornográfico para la cual el individuo no se ofrece con su libre consentimiento y con conocimiento de causa y, con respecto a un niño, la prostitución, la servidumbre sexual o la utilización del niño en la pornografía.

Resulta relevante destacar que respecto de la prostitución forzada, en las consultas oficiosas celebradas durante el quinto período de sesiones del Comité Especial, la mayoría de las delegaciones propusieron la supresión de la palabra “forzada”. Varias delegaciones señalaron también que las víctimas podrían tener dificultades para probar que habían sido “forzadas” y otras delegaciones expresaron la opinión que era esencial distinguir entre las víctimas de la prostitución y quienes eligen dedicarse a ella⁵⁷.

En las Notas Interpretativas del mismo Protocolo, se señala sobre el particular que éste aborda la explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual en el contexto de la trata de personas, no siendo estas expresiones definidas en el Protocolo, el que en consecuencia no prejuzga la manera en que los Estados Parte abordan la prostitución en su respectivo derecho interno⁵⁸.

En la doctrina, el término “explotar” es entendido como convertir al otro en instrumento del provecho económico afectando sustancialmente sus derechos humanos; lo que puede lograrse por medio de la fuerza o del encierro pero también a través de otros medios, como el engaño y el abuso de una situación de vulnerabilidad⁵⁹.

56 Sobre la diferencia entre estas dos acepciones: DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”. En: *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, N°1, 2010, p. 19 y sgtes. [en línea]. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/693.pdf> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

57 NACIONES UNIDAS. Trabajos Preparatorios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, A. Textos de negociación, p. 358 [en línea]. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].

58 NACIONES UNIDAS. Trabajos Preparatorios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, C. Notas Interpretativas, letra b) p. 366 [en línea]. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].

59 COLOMBO, ob. cit., p. 33.

En cuanto a la explotación sexual, suele definirse como la utilización de una persona con fines sexuales y con ánimo de lucro, atentando directa o indirectamente a su dignidad y libertad sexual, afectando potencialmente a su equilibrio psicosocial⁶⁰. También, se conceptualiza como la utilización de mujeres, jóvenes y niños en la industria del sexo, es decir en pornografía, espectáculos exhibicionistas, turismo sexual y, sobre todo, en el ejercicio de la prostitución⁶¹. Esta última consiste en la entrega sexual por precio, y ante cualquiera, y por tanto implica la reducción de la persona a una mercancía o a una cosa⁶².

De otra parte, Colombo y Mángano destacan dos aspectos para que la explotación sexual se presente, a saber: el control sobre la sexualidad de las víctimas que ejercen los explotadores y que se traduce en considerar si se pone el cuerpo de la mujer al servicio de terceros que lucran con la actividad, y la afirmación de exclusividad sobre esa actividad. En relación al primer punto, se analiza, por ejemplo, si las víctimas pueden rechazar a un cliente y si lo hacen, si son sancionadas con multas por ello. Además se toma en cuenta si los explotadores controlan el movimiento de la víctima, de su entorno físico y psicológico, si existen medidas para impedir o disuadir del escape, la sujeción al tratamiento cruel y al abuso, etc. En relación con el segundo aspecto, se atiende a si las víctimas son explotadas exclusivamente por una persona u organización y si sólo pueden serlo por ésta⁶³.

60 DE LA CUESTA ARZAMENDI, citado por ALONSO, ob. cit., p. 204.

61 PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. Trata de Seres Humanos: Marco conceptual, legal y jurídico-penal. En: OROZCO, Rosi. (coord.). *Trata de Personas*. México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2011. En el mismo sentido, ABOSO, ob. cit., p. 119. El Tribunal Supremo Español ha estimado que hay explotación sexual no sólo respecto de cualquier actividad que pudiera integrarse en el ámbito de la prostitución como el alterne o los masajes eróticos, sino que también cualquier otra práctica de naturaleza erótico-sexual como la participación en espectáculos exhibicionistas o “strip tease”, o en la pornografía en: Circular 5/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal Español en materia de extranjería e inmigración [en línea], p. 25. Disponible en: http://www.fiscal.es/Circulares,-Consultas-e-Instrucciones.html?buscador=0&c=Page&cid=1240559967917&codigo=FGE_&newPagina=1&nume lempag=20&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_pintarCirculares [fecha de consulta: 16 de enero de 2014].

62 ALONSO, ob. cit., p. 192.

63 COLOMBO y MÁNGANO, ob. cit., p. 8 [en línea]. Disponible en: http://www.mpf.gov.ar/Accesos/Ufase/consentimiento_victima_trata.pdf [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013], quienes toman elementos desarrollados por NACIONES UNIDAS, TPIY, Case N°IT-96-23, IT-96-23/1-A, sentencia del Tribunal de Apelaciones del día 12 de junio de 2002, a propósito de la esclavitud sexual, indicando que la gran diferencia entre la explotación sexual y la esclavitud sexual, es que en la primera está presente el lucro.

La jurisprudencia de los tribunales ha recogido la primera acepción del concepto de explotación⁶⁴ y tal como lo afirma la doctrina, ha estimado que no se requiere la concreción de la explotación para que se entienda consumado el delito⁶⁵ 66.

Delito contemplado en el artículo 411 ter del Código Penal

El ilícito contemplado en el artículo 411 ter del C.P. sanciona: *“El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales”*.

Si se compara esta descripción típica con la contenida en el inciso primero del derogado artículo 367 bis del C.P., se puede observar que son prácticamente idénticas⁶⁷. En este entendido, la doctrina y jurisprudencia desarrollada a propósito de esta norma es aplicable al tipo penal actual; por lo demás, los Tribunales de Justicia ya han indicado que hay continuidad del tipo penal regulado en el art. 367 bis y el tipificado en el art. 411 ter, ambos del C.P.

64 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012, considerando undécimo: *“...el delito de trata de personas es un ilícito de intención trascendente, pues existe una finalidad que es la explotación de la víctima que puede concretarse efectivamente...., la finalidad de explotación sexual...., es la obtención de beneficios económicos a través de la intervención de otro en actos de prostitución”*; Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012, considerando duodécimo y Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 2 de noviembre de 2013, RUC N°1200922694-8, RIT N°293-2013, considerando undécimo y décimo tercero: *“Obtención de beneficio económicos o financieros, a través de la participación forzada y continua de otra persona en actos de prostitución”* y *“Para hablar de explotación sexual, el tratante debe seguir ejerciendo control sobre la víctima objeto de trata para obtener beneficios económicos, a través de la participación forzada de esa persona en actos de prostitución”*.

65 CÁRDENAS, ob. cit., p. 19 [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013]. También: VILLACAMPA, ob. cit., p. 846 y MARTOS, ob. cit., p. 11 [en línea]. Disponible en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/896/865%E2%80%8E> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013]. En términos similares, lo recoge también el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012, considerando undécimo.

66 En el sentido de no requerir que la explotación se produzca efectivamente: sentencia del Tribunal Supremo Español, 23 de marzo de 2011, ROJ 1790-2011, considerando cuarto, aunque referida a la norma anterior a la incorporada por el art. 177 bis.

67 El inciso primero de la norma en comento señalaba: *“El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales”*.

De acuerdo con la Historia de la Ley N°20.507, en el proyecto original de la ley, se contemplaba un ilícito del siguiente tenor: *“ARTÍCULO 1.- Promoción del tráfico de personas. Quien promueva, facilite o favorezca la entrada o salida del país de personas de cualquier sexo, para que ejerzan la prostitución o para mantenerlas en servidumbre sexual o laboral será sancionado con pena de presidio mayor en su grado mínimo”*⁶⁸.

La norma aludida, al igual que varias otras, sufrió indicaciones que la hicieron desaparecer en el Informe de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados. En el Boletín de Indicaciones del Senado, de fecha 27 de octubre de 2008, generado en la discusión general del proyecto de ley en el segundo trámite constitucional, se consigna una indicación de la Presidenta de la República para intercalar un nuevo artículo, a saber: *“Artículo 411 quinquies.- El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales”*⁶⁹.

En el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, a proposición del Ministerio Público y del abogado Juan Domingo Acosta, consta que se aprobó un artículo 411 ter nuevo, con un contenido similar a la figura base descrita en el artículo 367 bis. Sobre el particular, se consigna en la Historia de la Ley N°20.507 que: *“El profesor señor Juan Domingo Acosta explicó que esta norma repite lo dispuesto en el actual inciso primero del artículo 367 bis del Código Penal, tradicionalmente identificado como la disposición que tipifica el tráfico de blancas, que el proyecto deroga en el N°2) del artículo primero, pero no vuelve a reponer con claridad en las nuevas disposiciones penales que se proponen, aunque por la entidad del delito y la importancia que tiene su tipificación para la persecución del tráfico de personas, es importante que esta conducta esté precisamente sancionada. Los miembros de la Comisión participaron de la idea, considerando que las causales de agravación del tipo penal basal de tráfico ilícito de migrantes ya quedaron claramente establecidas en la disposición aprobada anteriormente, y que el nuevo artículo 411 ter acá propuesto, da una señal clara de*

68 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18, p. 18. [en línea]. Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2011 [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2013].

69 CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., págs. 183 y 184. [en línea]. Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2011 [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2013].

*repudio a una de las formas tradicionales de tráfico ilícito de migrantes, que es el delito de trata de blancas*⁷⁰.

De la Historia de la Ley N°20.507 fluye entonces claramente la intención del legislador de sancionar la conducta descrita en el art. 411 ter del C.P.

a) Bien jurídico protegido

Sobre esta materia y específicamente en lo referido al delito del artículo 411 ter del C.P. hay escasa doctrina. Sin embargo, Carnevali se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos: *“No deja de llamar la atención que el legislador haya mantenido la figura dispuesta en el artículo 411 ter, pues de la Convención de Palermo no se desprende la obligación de incriminar este supuesto. En efecto, tratándose de personas mayores de edad no se comprenden en dicho instrumento internacional aquellos casos en que voluntariamente se acepta el traslado, es decir, la llamada hipótesis de “trata no forzada” en que las partes intervinientes conocen el alcance y propósito del acto... Ahora bien, si la idea del legislador al mantener la norma del artículo 411 ter tiene como fundamento que el consentimiento no es otorgado libremente, en el entendido que la víctima se halla en un contexto de desamparo y de privación para pedir auxilio –lejos de su país de origen y en que el retorno puede ser riesgoso–, y en que además se presta para ejercer la prostitución, soy del parecer que dichos casos se pueden comprender también en el artículo 411 quáter, cuando se refiere a la situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima... Por lo expuesto, y considerando que igualmente la figura del artículo 411 quáter abarca aquellas hipótesis de consentimiento “viciado”, no parece razonable que permanezca en el catálogo punitivo la conducta descrita en el artículo 411 ter. Por lo demás, resulta particularmente cuestionable que el Código Penal estime, en estos casos, irrelevante el consentimiento de una persona mayor de edad, sin que aquello se pueda estimar una injerencia indebida a la esfera íntima de cada individuo, en donde no se aprecia ningún interés jurídico que proteger. En todo caso, hay que reconocer que detrás de esta discusión, se expresan posiciones valóricas divergentes en torno a cómo debe entenderse el ejercicio de la prostitución. Por un lado, están quienes pretenden proscribir todos los actos vinculados a la prostitución, pues se atenta contra la dignidad de la mujer... En cambio, otros sostienen que aun cuando se trate de una actividad profesional ingrata, al igual que otras, en la medida que se haya decidido libremente, se debe aceptar”⁷¹.*

70 CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 202. [en línea]. Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2011 [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2013].

71 CARNEVALI, ob. cit., págs. 916 y 917. En términos similares, se pronuncia: CÁRDENAS, ob. cit., págs. 28 y 29. [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 18 de noviembre de 2013].

En un sentido semejante y en relación a la antigua figura contenida en el inciso primero del derogado artículo 367 bis del C.P., Rodríguez Collao indicaba: *“En su forma simple, la figura en estudio es prácticamente inaplicable, porque atendido el amplio espectro de hipótesis que aparecen cubiertas por la forma agravada, los únicos casos que podrían quedar comprendidos en la primera son aquellos en que la persona consiente en cruzar las fronteras con el propósito de ejercer la prostitución. Y como la indemnidad sexual es un bien jurídico disponible, habremos de convenir en que la voluntad del sujeto excluye la ilicitud del hecho incriminado”*⁷².

Con una posición distinta, Politoff, Matus y Ramírez sostenían en relación a la antigua figura en comentario que: *“Por otra parte, cabe destacar que en el caso de la trata de blancas simple, no es necesario que concurra ni la violencia ni la intimidación, y ni siquiera un engaño, circunstancias ambas que configuran agravantes del delito (art. 367 inc. 2°), pues la ley parece suponer que el hecho de trasladar a una persona a un país extranjero produce de por sí suficiente desamparo y riesgo para su seguridad, el que se encuentra aumentado por el propósito ulterior y reprochable del autor (prostituir a la víctima)”*⁷³.

Esta última posición es la que ya han recogido los tribunales orales que han aplicado la figura descrita en el artículo 411 ter, al recalificar desde la figura tipificada en el art. 411 quáter, cuando no han tenido por acreditados los medios comisivos invocados por el Ministerio Público⁷⁴. Así lo entendieron también los tribunales de justicia al aplicar el tipo penal del inciso primero del derogado artículo 367 bis del C.P.⁷⁵.

72 RODRIGUEZ, ob. cit., p. 237. En el mismo sentido, GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. “La trata de personas y el problema de su bien jurídico”. En: *Revista Procesal Penal*, N°62, Santiago, Chile, Editorial NexisLexis, 2007, págs. 9-19, en cuyo texto se señala que en la trata voluntaria de adultos se oculta la persecución de la mera inmoralidad.

73 POLITOFF; MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 207. En este mismo sentido: AGUILAR ARANELA, Cristian. *Delitos Sexuales. Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming. Doctrina y jurisprudencia*. 2ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2012, p. 195.

74 Tribunal Oral en lo Penal de Arica, 16 de enero de 2013, RUC N°1100580783-4, RIT N°340-2012. En el mismo sentido, Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 5 de agosto de 2013, RUC N°1000545158-8, RIT N°110-2013, que aplica este tipo penal por sobre el del artículo 367 inciso primero por ser más beneficiosa la pena a los acusados y que en su considerando noveno sostuvo: *“...Ahora bien, con independencia de la voluntariedad u obligatoriedad en la función realizada por las víctimas, no hay duda que la actividad les era facilitada por los acusados a través del otorgamiento de un domicilio para sus prácticas sexuales, difusión de sus atributos en una red pública, captación de clientes, y pago por sus servicios prestados. Todo lo que incuestionablemente era proporcionado por los acusados”*, y Juzgado de Garantía de Punta Arenas, 27 de noviembre de 2013, RUC N°1100588082-5, RIT N°2956-2011.

75 Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, 2 de abril de 2008, RUC N°0600062854-7, RIT N°16-2007 que indicó sobre el particular en el considerando vigésimo: *“Por estas razones, desde ya se rechaza la pretensión de la Defensa en orden a dictar sentencia absolutoria, por no darse en la especie los supuestos de la norma antes citada, arguyendo que la figura simple se encontraría absorbida por las figuras agravadas del inciso segundo del*

b) Sujeto activo y sujeto pasivo

Cualquier persona puede cometer este delito y, en el mismo sentido, cualquier persona puede ser objeto de la conducta que sanciona la norma.

artículo 367 bis del Código Penal, y que en el caso de las personas que consienten en salir del país voluntariamente a ejercer la prostitución en el extranjero, éstas sólo estarían haciendo uso de su libre albedrío, atendido que el bien jurídico supuestamente afectado por esta figura, sería la indemnidad sexual, que en el caso de los mayores de edad es disponible, por lo que la voluntad del sujeto excluiría la ilicitud del hecho... Cabe hacer presente, que de acuerdo al análisis antes efectuado, el tipo penal establecido en el inciso primero del artículo 367 bis del Ordenamiento Punitivo, es una figura penal independiente de las figuras agravadas del inciso segundo, por ello se le denomina como tipo penal "simple", el cual, tal como antes se dijo, se trata de una figura, que aunque pueda ser criticable por su amplitud, constituye un tipo penal de peligro y de mera actividad, el cual se encuentra vigente, por lo que estos sentenciadores deben aplicar dicho precepto cuando sus supuestos se encuentren acreditados por la prueba de cargo rendida por el ente persecutor, tal como ocurrió en el juicio de marras... En esta dirección, cabe hacer presente que de acuerdo a lo señalado en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, contenida en el boletín 1324, al referirse a la moción parlamentaria, relativa al proyecto de modificación al Código Penal con el objeto de tipificar y sancionar el delito de trata de blancas, estableció que la ideas matrices o fundamentales del mismo eran "la situación, materia o problema específico existente y a cuya solución tiende esta iniciativa legal, es la de consagrar una norma que tipifique y sancione el acto de promover o facilitar la entrada o salida del país de personas con la finalidad de que éstas ejerzan la prostitución". En el mismo informe, se indicó que al efecto se consideró la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución, de 1949, donde se tuvo presente que en "su artículo 1° del citado Convenio, señala que las Partes se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) concertare la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de tal persona y, 2) Explotare la prostitución de otra, aun con el consentimiento de tal persona". La Comisión, tuvo además presente la legislación extranjera, en especial la de Italia, España, Colombia y Brasil donde se indicó que "de la legislación penal comparada, tenida a la vista, se desprende que los elementos para la configuración de este tipo penal son los siguientes: a) Los actos que den lugar a la comisión del delito se realiza en países distintos: en uno, se efectúa el reclutamiento de las víctimas, y en el otro, se las destina al mercado de la prostitución; b) las acciones delictivas consisten en facilitar, promover, favorecer, inducir o reclutar personas para la entrada o salida del país, para que ejerzan la prostitución. Generalmente se hace uso de promesas o engaños para facilitar esta acción, no obstante que, para el desplazamiento de un país a otro, puede contarse con el consentimiento de la víctima del delito"... Por su parte, el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado contenida en el Boletín N°1.324, en la parte referida a los antecedentes de hecho, sostiene que la moción parlamentaria tenía como propósito tipificar y sancionar en nuestro ordenamiento Jurídico el delito internacionalmente conocido como "Trata de Blancas" atendido que "la acción de hacer salir a una mujer del país para que ejerza la prostitución en el extranjero o hacerla ingresar con el mismo fin, no está expresamente tipificada como delito en nuestro ordenamiento penal. Proponen, al efecto, establecerla como figura básica de este delito, esto es, sancionar tanto la expedición fuera del país, como la recepción de mujeres en éste para dedicarlas al comercio sexual y, al mismo tiempo, crear una figura calificada, cuando concurren una cualquiera de diferentes circunstancias que agravan estas conductas"... De estos antecedentes, se establece que efectivamente el tipo penal por el cual se formuló acusación, es un tipo penal independiente de las figuras agravadas que se encuentran en el inciso 2° del artículo 367 bis del Código Penal, que el bien jurídico protegido no sólo es la afectación a la libertad sexual, sino que a la integridad sexual de la persona y en definitiva, a la dignidad de la misma, por lo que no se trata de tener una moral "de la edad media", como señala la defensa en sus alegatos, sino que, de dar una debida protección a los bienes jurídicos antes indicados, haciendo especial énfasis en que el reproche no recaer sobre la actividad que puedan desarrollar un grupo de personas que sale del país, personas que además son consideradas víctimas del delito, sino que sobre los individuos que ejecutan las labores de promoción y facilitación de la salida de dichos sujetos para ejercer la prostitución". En los mismos términos: Tribunal Oral en lo Penal de Calama, 25 de noviembre de 2009, RUC N°0800207144-5, RIT N°127-2009; Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, 11 de abril de 2008, RUC N°0700136875-8, RIT N°56-2008, respecto de chilenas que eran llevadas a España a ejercer la prostitución, y Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, 19 de diciembre de 2009, RUC N°0800171013-4, RIT N°544-2008.

c) Conductas punibles: promover o facilitar

Conforme a la Real Academia Española, “promover” significa tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo⁷⁶, o sea, en el contexto del delito que se analiza, significa tomar la iniciativa en determinar a otro o incitar a otro a ejercer el comercio sexual.

El término “facilitar” significa hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin, esto es, auxiliar, posibilitar, ayudar o contribuir a que una persona se prostituya⁷⁷.

Sobre el particular pero en lo tocante a la antigua norma del artículo 367 bis, inciso primero del Código Penal, Rodríguez Collao señalaba que las conductas básicas de promover o facilitar debían ser entendidas en los mismos términos planteados a propósito del delito del art. 367 del C.P., esto es, la promoción suponía *“una actitud análoga a la instigación delictiva, ... que consiste en formar en otro individuo la resolución de ejecutar un acto o desarrollar la prostitución y facilitar, ... alude a cualquier acto de cooperación que haga posible o más expedito el desarrollo del comercio sexual”*⁷⁸.

Respecto al mismo tipo penal, Garrido Montt definía el término “promover” como: *“inducir o inclinar a otros a dedicarse al comercio sexual y facilitar... como posibilitar el ejercicio de la prostitución, como sería proporcionar los medios para ese efecto (rufianismo, proxenetismo, alcabuería)... el tipo objetivo está conformado por las conductas de facilitar o promover la entrada o salida del país de personas; conductas que en sí son atípicas a menos que se den las condiciones de índole subjetiva que el tipo requiere. Cualquier actividad en el sentido indicado –que es quizá de una criticable amplitud–, como reclutar personas para tal efecto, publicitar la*

76 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea]. Disponible en: <http://rae.es/recursos/diccionarios/drae> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

77 Sobre el particular y a propósito del delito de tráfico ilícito de migrantes, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se consignó la opinión del profesor Juan Domingo Acosta sobre el sentido de estos verbos rectores: *“...la facilitación es una actividad cercana al concepto de complicidad, que el artículo 16 del Código Penal define como las actividades tendientes a cooperar con la ejecución de un ilícito por medio de actos anteriores o simultáneos a él; por su parte, la promoción es una actividad que se engloba dentro del concepto de incitación... ambos son actos de participación y no de autoría, pero en mérito de la disposición propuesta se elevan a la calidad de actos de autoría, y como tales son sancionados,...”*. CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Moción Parlamentaria, p. 194 [en línea]. Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2013 [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2013].

78 RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 228.

referida posibilidad, obtener los pasajes para el viaje, los pasaportes o autorizaciones y otras análogas, quedan comprendidas en los referidos verbos rectores^{79 80}.

Sobre la delimitación del sentido y alcance de las conductas punibles de promover y facilitar, los Tribunales de Justicia han planteado que: *“El tipo penal está conformado por las conductas de facilitar o promover. Al respecto, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la expresión promover como iniciar o impulsar una cosa o un proceso promoviendo su logro, en tanto que facilitar es hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin. Para estos efectos, existe consenso en que la conducta de promover importa inducir o inclinar a otro hacia la realización de un determinado comportamiento, mientras que por facilitar se ha entendido cualquier acto de cooperación que haga posible o más expedito algo... Ambas acciones están encaminadas, de manera inmediata, a lograr que personas entren o salgan del territorio nacional, y, en forma mediata, a permitir que efectivamente ejerzan la prostitución, aspectos que deben estar cubiertos por el dolo del agente, mas no es necesario que las víctimas realmente salgan o entren al país ni que la víctima haya alcanzado a prostituirse, toda vez que se trata de un delito de mera actividad, que se consume con la simple realización de la conducta prohibida... En el caso que nos ocupa, conforme la prueba de cargo producida en juicio, reseñada en el motivo sexto y ponderada en el fundamento que antecede, se encuentra plenamente acreditado que el acusado propiciaba el ingreso de ciudadanas extranjeras desde Tacna hacia Arica, trasladándolas a nuestro país con el objeto de que prestaran servicios sexuales remunerados en el domicilio de calle..., para lo cual se valía de su cargo, mediante el cual facilitaba el paso a través del control fronterizo de Chacalluta”* y *“Ahora bien, la conducta tipificada en el artículo 411 ter en su forma simple es esencialmente la misma a aquella del artículo 367 bis inc. 1°. Promover o facilitar la prostitución. Promover: Iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro. Facilitar. Hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin. Proporcionar o entregar... Ahora bien, con independencia de la voluntariedad u obligatoriedad en la función realizada por las víctimas, no hay duda que la actividad les era facilitada por los acusados a través del otorgamiento de un domicilio para sus prácticas sexuales, difusión de sus atributos en una red pública, captación de clientes, y pago por sus servicios prestados. Todo lo que incontestablemente era proporcionado por los acusados. Directa e indirectamente por ambos. Mora; en su interacción cotidiana con las afectadas en cuanto les proporcionaba alimentación, instruía sus comportamientos y compartía la vida diaria en*

79 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998, Tomo III, págs. 319 y 324.

80 Así lo recoge el Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, 2 de abril de 2008, RUC N°0600062854-7, RIT N°16-2007, considerando vigésimo y el Tribunal Oral en lo Penal de Calama, 25 de noviembre de 2009, RUC N°0800207144-5, RIT N°127-2009, considerando décimo octavo.

los momentos incluso de ocio. El otro, esporádicamente, cuando era necesario trasladarlas, tanto desde el terminal de buses por donde hicieron entrada al país hasta donde residirían, como para conducir las donde aquellos clientes que requiriera sus servicios a domicilio; y permanentemente en lo que respecta a concederles habitación y residencia para su estada en el país” y “Que, así las cosas, en cuanto al denominado “hecho uno”, teniendo presente los verbos rectores del artículo infringido, 411 ter del Código Penal, esto es, promover y facilitar, el primero de ellos, en su sentido natural y obvio, según lo referido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa “iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro” y, del mismo modo, facilitar, se explica como “hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin”. Dichas acciones, al constituir actos de ejecución previos a un hecho posterior, cual es, el ejercicio de la prostitución, que consume el delito en su totalidad, no requiere por su naturaleza, que se ejerzan directamente en la persona de la víctima, sino que dicen relación con contribuir al desarrollo o ejecución, de la entrada de personas al país para que ejerzan la prostitución”⁸¹⁸².

Objeto de las Conductas Punibles: La entrada o salida de personas del territorio nacional o al extranjero. La figura contenida en el artículo 411 ter del C.P. requiere para su configuración del cruce de fronteras, de ahí que la comisión de estas conductas, sin que concurra la transnacionalidad, no se sanciona.

Cárdenas señala que el objeto de la acción –promover o facilitar– requiere que recaiga sobre más de una persona ya que el tipo penal utiliza siempre el plural.

81 Tribunal Oral en lo Penal de Arica, 16 de enero de 2013, RUC N°1100580783-4, RIT N°340-2012, considerando duodécimo; Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 5 de agosto de 2013, RUC N°1000545158-8, RIT N°110-2013, considerando noveno y Juzgado de Garantía de Punta Arenas, 27 de noviembre de 2013, RUC N°1100588082-5, RIT N°2956-2011, considerando noveno.

82 En un sentido similar, pero referido al delito tipificado en el derogado art. 367 bis del C.P.: Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, 2 de abril de 2008, RUC N°0600062854-7, RIT N°16-2007 que señaló en el considerando vigésimo, citando al profesor Garrido Montt: “... los conceptos de promoción y facilitación, señala que el primero es “inducir o inclinar a otros a dedicarse al comercio sexual” mientras que el segundo “es posibilitar el ejercicio de la prostitución, como sería proporcionar los medios para ese efecto”. El mismo autor, en la página N°425 del texto ya referido señala que “el tipo objetivo está conformado por las conductas de facilitar o promover la entrada o salida del país de personas, estas conductas son atípicas a menos que se den las condiciones de índole subjetiva que el delito requiere. Cualesquiera actividad en el sentido indicado_ criterio cuestionable por su amplitud, tales como reclutar personas para tal efecto, publicitar la referida posibilidad, obtener los pasajes para el viaje, los pasaportes o autorizaciones y otras análogas quedan comprendidos en los verbos rectores. El hecho se consume con la simple realización de la actividad prohibida, no exige que las víctimas realmente salgan o entren al país para que el tipo se dé, porque es un delito de mera actividad, como tal, no requiere resultado”. En los mismos términos: Tribunal Oral en lo Penal de Calama, 25 de noviembre de 2009, RUC N°0800207144-5, RIT N°127-2009, considerando vigésimo primero.

Por otro lado, la misma autora plantea que para su consumación no se necesita que la persona efectivamente entre al país o salga de él⁸³. Sobre este mismo punto y en relación con la antigua figura del inciso primero del derogado art. 367 bis del C.P., Rodríguez Collao indicaba que las conductas básicas de promover y facilitar “*están encaminadas de modo inmediato, a lograr que las personas entren o salgan del territorio nacional;... Pero no debe perderse de vista que el tipo demanda “la entrada o salida de personas del país”, de manera que no cabe tener por configurado este delito si la víctima no cruza efectivamente las fronteras nacionales*”⁸⁴. En sentido contrario, Garrido Montt señalaba que: “*La disposición no aclara lo que ha de entenderse por salir del país o por entrar en él, de modo que desde una perspectiva material es suficiente eso, promover la salida de gente desde el territorio nacional o la introducción de personas desde fuera del país, sea para radicarse o para permanecer sólo temporalmente; la concreción de tal circunstancia –o sea, entrar o salir del país– es irrelevante, porque lo que confiere connotación típica a la conducta es el móvil del agente en tal sentido...*”⁸⁵.

Los tribunales han recogido esta última posición: “*Ambas acciones están encaminadas, de manera inmediata, a lograr que personas entren o salgan del territorio nacional, y, en forma mediata, a permitir que efectivamente ejerzan la prostitución, aspectos que deben estar cubiertos por el dolo del agente, mas no es necesario que las víctimas realmente salgan o entren al país ni que la víctima haya alcanzado a prostituirse, toda vez que se trata de un delito de mera actividad, que se consuma con la simple realización de la conducta prohibida*”⁸⁶.

83 CARDENAS, ob. cit., p. 27 [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013]. En el mismo sentido: Tribunal Oral en lo Penal de Arica, 16 de enero de 2013, RUC N°1100580783-4, RIT N°340-2012, considerando duodécimo.

84 RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 236. Así lo exigió el Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, 11 de abril de 2008, RUC N°0700136875-8, RIT N°56-2008, considerando décimo.

85 GARRIDO, ob. cit., p. 324.

86 Tribunal Oral en lo Penal de Arica, 16 de enero de 2013, RUC N°1100580783-4, RIT N°340-2012, considerando duodécimo.

d) Elemento subjetivo

El sujeto activo debe actuar con dolo directo^{87 88}.

Además, se requiere de una finalidad especial, esto es, que la promoción o facilitación esté dirigida al ejercicio de la prostitución, aunque no se requiere que la víctima se haya prostituido efectivamente, *“como lo deja de manifiesto el*

87 Sobre el particular y respecto al delito tipificado en el inciso primero del derogado artículo 367 bis del C.P., el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, 26 de diciembre de 2006, RUC N°0600081190-2, RIT N°185-2006, en el considerando octavo, razonó del siguiente modo para absolver: *“... Que a juicio de este tribunal, los hechos referidos, no configuran el tipo penal previsto en el artículo 367 bis inciso 2 N°3 y 6 del Código Penal, consistente en promover o facilitar la entrada al país de personas para que éstas ejerzan la prostitución. En efecto, si bien la prueba incorporada permite establecer la existencia de un incumplimiento de lo acordado por las acusadas con las ciudadanas argentinas, en cuanto a la remuneración y condiciones labores, no resulta claro y surge más de una duda razonable, que el móvil de las acusadas, al facilitar la entrada al país de dichas personas, haya sido para que ejercieran la prostitución. Las propias afectadas, señalaron que al llegar a esta ciudad, concretamente al local de la acusada Cifuentes, se percataron que su trabajo consistía en que los clientes les ofrecieran una bebida o un trago, sentándose con ellos en su mesa a compartir, por lo cual ganaban una comisión de mil pesos. Esto significa promover el consumo de bebidas alcohólicas, conociéndose a tales personas como “copetineras” o damas de compañía y fue por ello que se sintieron engañadas... Si bien el tipo penal por el cual se acusó, no requiere que la víctima haya alcanzado a prostituirse, y aún cuando no existe acuerdo a nivel doctrinal ni jurisprudencial sobre el término prostitución, no es menos cierto que las actividades referidas y acreditadas en el juicio, no pueden considerarse, como aquello que, el común de la gente entiende por comercio sexual, esto es, vender el cuerpo por dinero; tampoco lo es el hecho que clientes ebrios hayan manoseado o intentado manosear a alguna de las jóvenes argentinas, lo cual no resulta extraño en un local de las características del que eran propietarios la acusada Cifuentes y su pareja, donde lo que se vendía preferentemente eran bebidas alcohólicas... Además, todas las ciudadanas argentinas que declararon mediante prueba anticipada, y también ante la Policía de Investigaciones, señalaron que el tener que compartir tragos con los clientes, podría llevarlas a la prostitución, es decir, el ejercicio de tal actividad, sólo se presentó como algo probable para ellas, sin que exista en el juicio ningún antecedente concreto que permita establecer que fueron traídas al país con esa finalidad... Al respecto es necesario tener presente que este delito requiere dolo directo –así lo señalan los profesores Mario Garrido Montt y Luis Rodríguez Collao– tomando en consideración que los actos deben estar antímicamente orientados hacia unos fines muy concretos, para ejercer la prostitución. Es eso, precisamente, lo que no se ha acreditado en el juicio, pues la prueba incorporada, sólo permite concluir que si bien las persona argentinas no fueron traídas al país para trabajar como garzonas, sí lo fueron para desempeñarse como “copetineras”, que no puede entender como sinónimo de prostitución, menos aún para configurar un delito que, en los términos formulados en la acusación, tiene asignada pena de crimen. Ahora bien, si tomamos en consideración lo expuesto por las afectadas, al señalar que podrían haber llegado a prostituirse, estaríamos ante la existencia de dolo eventual por parte del sujeto activo, lo que obviamente esta figura penal no lo permite, porque lo que se castiga no es el facilitar o promover la prostitución, sino que, realizar alguna de estas conductas tendiente a que personas ingresen al país para que ejerzan la prostitución”.*

88 GARRIDO, ob. cit., p. 325, respecto de la antigua figura descrita en el art. 367 bis del C.P.

*empleo de la preposición para, que indudablemente alude a la simple motivación que ha de presidir la actuación del sujeto activo*⁸⁹.

Esta posición recogen los tribunales: *“Ambas acciones [promover y facilitar] están encaminadas, de manera inmediata, a lograr que personas entren o salgan del territorio nacional, y, en forma mediata, a permitir que efectivamente ejerzan la prostitución, aspectos que deben estar cubiertos por el dolo del agente, mas no es necesario que las víctimas realmente salgan o entren al país ni que la víctima haya alcanzado a prostituirse, toda vez que se trata de un delito de mera actividad, que se consuma con la simple realización de la conducta prohibida*⁹⁰.

CONCEPTO DE PROSTITUCIÓN

Este término no se encuentra definido en la legislación chilena y no existe acuerdo acerca de su alcance en la doctrina. Para algunos, consiste en el ejercicio de actos sexuales a cambio de un precio. Para otros, se requiere la pluralidad de contactos interpersonales del que ejerce la prostitución y algunos plantean que lo definitorio es la entrega de favores sexuales en forma indiscriminada⁹¹.

Garrido Montt la conceptualiza como *“la entrega sexual de una persona –hombre o mujer– a cambio de un precio. No parece necesaria la habitualidad del ejercicio sexual pagado, estimamos que la característica básica de la prostitución es la fijación de un precio,...*⁹².

Para Etcheberry consiste en *“el trato sexual frecuente, en el cual importe más el acceso carnal mismo o el lucro que con él se obtiene, que la consideración de la persona con quien se realiza, que es en principio indiferente*⁹³.

89 CARDENAS, ob. cit., p. 27 [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013], quien califica este tipo penal como de tendencia interna trascendente. Respecto del delito del art. 367 bis, inciso primero del C.P., RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 236. En el mismo sentido: POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., págs. 207 y 208, quienes se refieren a esta finalidad de ejercer la prostitución como un elemento subjetivo adicional del tipo y GARRIDO, ob. cit., p. 325. Todos concuerdan que no es necesario que este propósito se concrete.

90 Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 5 de agosto de 2013, RUC N°1000545158-8, RIT N°110-2013, considerando duodécimo.

91 RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 228.

92 GARRIDO, ob. cit., págs. 317-318.

93 ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Tomo IV, 1999, p. 78.

Los tribunales han recogido como definiciones de prostitución relativas a la antigua figura contemplada en el art. 367 bis del C.P. la venta del cuerpo por dinero y la mantención de relaciones sexuales a cambio de dinero⁹⁴.

e) Efectos de la ley penal en el tiempo

El artículo 1, numeral dos de la Ley N°20.507 derogó el artículo 367 bis del Código Penal. Sin embargo, la dinámica propia de la trata de personas provocó que en algunas investigaciones llevadas por el Ministerio Público se persiguieran hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20.507 y también hechos ocurridos con posterioridad a su publicación; lo que generó algunas discusiones penales de interés, que se desarrollarán a continuación.

En relación con los efectos de la ley penal en el tiempo, cabe recordar que el art. 18 del C.P. señala que: *“Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.*

Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento...”.

Esta norma consagra el principio de irretroactividad de la ley penal, esto es, que la ley vigente al momento de la comisión del delito es la que determina si una persona debe ser castigada por un ilícito, y en tal caso, la pena que deberá imponérsele⁹⁵.

La excepción a este principio se presenta en casos de retroactividad benigna, esto es, la aplicación de una ley que no estaba vigente al momento de la comisión del delito, si ésta es más favorable al procesado y ha sido promulgada antes de dictarse sentencia de término. La doctrina considera que esta situación se da, entre otros casos, cuando la ley anterior es derogada, esto es, se aplica la ley penal vigente al momento de la comisión del delito cuando ésta ha sido derogada formalmente en su totalidad, pero sigue rigiendo materialmente, ya sea porque una nueva ley así lo establece o porque materialmente el hecho punible mantiene su carácter de tal en otra norma distinta a la derogada⁹⁶.

94 Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, 26 de diciembre de 2006, RUC N°0600081190-2, RIT N°185-2006, considerando octavo y Tribunal Oral en lo Penal de Calama, 25 de noviembre de 2009, RUC N°0800207144-5, RIT N°127-2009, considerando décimo octavo, respectivamente.

95 POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y ORTÍZ QUIROGA, Luis, MATUS ACUÑA, Jean Pierre (coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I. Libro Primero. Parte General.* Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002, p. 265.

96 POLITOFF y ORTÍZ, ob. cit. p. 269. Este tipo de situaciones son denominadas por los autores como casos de ultractividad o preteractividad de la ley penal y más modernamente, como sucesión de leyes penales, es decir, una variación –directa o

Esta discusión se ha presentado con anterioridad en los tribunales, siendo resuelta por la Corte Suprema, en el sentido de relevar la similitud entre el nuevo y el antiguo tipo penal⁹⁷ y considerando especialmente la mantención de los verbos rectores y el bien jurídico protegido para resolver si hay continuidad del tipo penal en la nueva ley⁹⁸.

En relación a la situación concreta que presenta la derogación del artículo 367 bis del C.P. por la Ley N°20.507, una primera cuestión que fluye del

indirecta— en la legislación penal, que se traduce en un cambio en el tratamiento penal que recibe un mismo hecho. Este es un fenómeno normal en la legislación puesto que a medida que cambian los intereses sociales, las leyes penales experimentan modificaciones. Así lo sostiene OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2011, p. 45. También aborda las modificaciones legislativas, por cambios que se producen en la sociedad NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Parte General, Tomo I, 2005, p. 183. Una de las situaciones que puede generar la sucesión de leyes penales, se produce ante la reformulación de los delitos, como sucede por ejemplo cuando una ley deroga a otra que tipificaba un delito y que lo vuelve a tipificar cambiando su estructura típica. Aquí es necesario dilucidar si una conducta típica bajo la vigencia de la ley anterior, sigue siéndolo o no de conformidad con la nueva.

- 97 Corte Suprema, 17 de junio de 1991, Rol N°28.479, considerando cuarto: “*Que si esa situación fuere jurídicamente posible se trataría de un caso de ultra actividad o de sobrevivencia de una ley derogada, como se le denomina en la doctrina penal, y tendría que surgir como consecuencia de que las nuevas disposiciones de la ley derogatoria contemplaran o regularan similares o idénticas conductas que la ley derogada,...*”; Corte Suprema, 11 de noviembre de 2002, Rol N°3862-2001, que en voto de mayoría, conociendo de un recurso de casación en la forma y en el fondo interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado en contra de una resolución de la Corte de Apelaciones de Antofagasta señaló en su considerando cuarto: “*De la reforma se desprende, con mucha claridad, que refunde en un solo delito lo que antes eran los de fraude y contrabando... De ello se evidencia el claro propósito del legislador de mantener la figura de fraude aduanero toda vez que los elementos del tipo corresponden a ella, subsumida bajo el nombre de contrabando,...*”; Corte Suprema, 20 de abril de 2005, Rol N°5093-2002: “*Que sólo basta constatar el contenido de la norma del art. 29 de la ley 19.733, para entender que ella dejó prácticamente inalterable la contenida en el artículo 21 de la ley 16.643 y con ello el tipo penal mismo*”, a propósito del delito de calumnia.
- 98 Corte Suprema, 21 de agosto de 2006, Rol N°1647-2003, considerando noveno: “*Que el 12 de julio de 1999, se publicó... la ley 19.617 que introdujo importantes enmiendas en la regulación de los delitos sexuales,...* constituyendo una modernización del lenguaje existente con antelación... lo que llevó a un perfeccionamiento del tipo penal, en lo que respecta a la determinación de los actos concretos que constituyen el objeto de prohibición... puede concluirse que sólo se produce un cambio en la estructura de este tipo de delitos, pero en ningún caso desaparece el verbo rector ni el bien jurídico protegido, simplemente se sistematiza de mejor forma las diferentes conductas constitutivas de lo que en la antigua legislación se incluía en el concepto de abusos deshonestos...” y considerando décimo sexto: “*...es útil enfatizar que del cotejo de los verbos rectores y demás elementos del tipo, entre el art. 366 anterior a la reforma de las leyes 19.617 y 19.927, con los preceptos originados por ellos, surge de manifiesto que se mantiene total identidad de los verbos rectores y lo único que se hace... es organizar en distintas disposiciones las mismas conductas... [lo que] en modo alguno ha implicado la supresión del delito mismo; al contrario, lo que se hace es reconocer de mejor forma la punibilidad de los diversos comportamientos... se entienden incluir*”.

título de la propia Ley N°20.507, así como de la Historia Fidedigna de dicho cuerpo legal, se refiere al hecho que esta ley se dictó para adecuar la legislación interna a los tratados internacionales ratificados por Chile en la materia⁹⁹. En consecuencia, en ningún caso el legislador tuvo una voluntad de eliminar el delito de trata de personas sino que, por el contrario, buscó perfeccionar la legislación nacional y modernizarla, para incentivar su persecución y sanción.

Una segunda cuestión a considerar se refiere a que no existen diferencias típicas sustanciales entre el tipo penal descrito en el derogado art. 367 bis, inciso primero del C.P., y el contenido en el art. 411 ter del mismo código; en verdad, son prácticamente iguales.

Por otra parte, del cotejo de esta norma con la del art. 367 bis, inciso segundo del C.P., se deduce que el art. 411 quáter moderniza la antigua nomenclatura contenida en el artículo 367 bis y la armoniza con la descripción del art. 3 del Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; ambos instrumentos ratificados por Chile.

Los verbos rectores de captar, trasladar, acoger o recibir personas están comprendidos en los verbos rectores de promover o facilitar. Más aún, en el inciso final del art. 411 quáter, el legislador sanciona también a quien promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas ya descritas (captar, trasladar, recibir o acoger).

En cuanto a los medios comisivos, el art. 411 quáter contempla varios de los señalados en el inciso segundo del art. 367 bis del C.P.: la violencia, la intimidación, el engaño. Respecto de otros, como el grave desamparo económico, se refiere a él usando una terminología más moderna y omnicomprendiva como es el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima. También hay una agravación de la pena cuando la víctima es menor de edad o existen ciertos tipos de parentesco y de relaciones entre ésta y el imputado.

La finalidad de la captación, traslado, acogida o recepción de las personas así como la promoción o facilitación de dichas conductas es la explotación sexual en el tipo penal del art. 411 quáter. En el art. 367 bis, es la prostitución que es una forma de explotación sexual.

El delito regulado en el art. 367 bis se encontraba reglamentado en el título relativo a los delitos sexuales; pero parte de la doctrina estimaba equivocada

99 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18, págs. 4, 7 y sgtes. [en línea]. Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&cnro_ley=20507&anio=2011 [fecha de consulta: 29 de noviembre de 2013].

dicha ubicación, planteando que este ilícito debía ser abordado dentro de los delitos contra la libertad ambulatoria y la seguridad individual, puesto que en él se protegía la libertad ambulatoria y la seguridad personal así como la libertad sexual¹⁰⁰.

Sobre esta discusión (la derogación del art. 367 bis del C.P.), en un caso investigado por el Ministerio Público por hechos acaecidos con antelación al 8 de abril de 2011, la defensa solicitó el sobreseimiento definitivo fundado en la aplicación del artículo 250 letra a) del C.P.P., esto es, cuando el hecho investigado no es constitutivo de delito, por estimar que la Ley N°20.507 había derogado el tipo penal descrito en el art. 367 bis, de modo que el delito en él contenido ya no existía¹⁰¹.

El Juzgado de Garantía respectivo rechazó la solicitud de sobreseimiento y luego la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de 11 de junio de 2013, Rol N°1300-2013, confirmó la resolución apelada señalando que: *“Lo que se aprecia por el tribunal es que en definitiva acá se está ejerciendo el principio que contempla el artículo 341, vale decir, el principio de congruencia y eso tiene que ver absolutamente en relación a lo que significan los hechos que se contienen en la acusación, son ellos los que en definitiva van a provocar la situación típica que va a estar traducida en la sentencia. El principio de congruencia implica automática-*

100 POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, ob. cit, p. 206.

101 Los hechos de la acusación eran los siguientes: *“Durante el mes de mayo de 2010 las víctimas de iniciales F.G.M. y J.G.M., ambas mayores de edad y de nacionalidad paraguaya, fueron contactadas en su país de origen por Gloria Mora y por Guido Villalba, este último quien es un policía, ofreciéndoseles viajar a Chile para realizar labores de asesoras del hogar en la casa de la imputada Margarita Mora, esto mediante engaño pues el fin era ejercer la prostitución. Así los imputados, Margarita Mora Romero y Hugo Figueroa Salazar, concertados para su ejecución, facilitaron la entrada al país de ambas víctimas, mediante engaño, aprovechándose de su situación de vulnerabilidad y de su desamparo económico. Las víctimas ingresaron al país el día 4 de junio de 2010, siendo recibidas en el terminal de buses por ambos imputados, siendo trasladadas al domicilio de xxx, de la comuna de Las Condes. En este lugar fueron encerradas, y retenidos sus pasaportes. Una vez en el lugar y ya el día 7 de junio de 2010 ambos imputados le señalaron a las víctimas que venían a Chile para ejercer la prostitución, obligándolas a sacarse fotos con ropa interior y desnudas, las que sacó el imputado Figueroa. Estas fotografías fueron subidas a Internet promocionando la prostitución de las víctimas. En virtud de estas circunstancias las víctimas fueron obligadas por los imputados a mantener relaciones sexuales con distintos clientes que llegaron al domicilio ya referido. Así la víctima de iniciales F.G.M. mantuvo relaciones sexuales con aproximadamente 9 clientes y la víctima de iniciales J.G.M. mantuvo relaciones sexuales con alrededor de 5 clientes; todo durante la semana posterior a su llegada. En un principio el cobro del dinero por la transacción sexual, lo cobró la imputada Mora, y posteriormente se les señaló a las víctimas que por cada relación sexual estaban obligadas a entregar la mitad del dinero cobrado a los imputados, y además que le debían pagar el costo de mantener sus fotografías en Internet. Luego de un poco más de una semana aproximadamente en estas condiciones, las víctimas lograron recuperar su documentación y huyeron del lugar”*. El Ministerio Público calificó los hechos consignados como un delito de trata de personas del art. 367 bis N°3 y 5 del C.P. en relación con los actuales artículos 411 ter y 411 quáter del mismo código.

mente la figura típica que encierran los hechos; hechos que tendrán que calificarse durante la secuencia del juicio oral; razones por las cuales no se producen las circunstancias de la letra a) del artículo 250, y precisamente va a tener que calificarse oportunamente por la sentencia”.

La defensa reabrió esta discusión en sede de tribunal oral. El Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago recalificó los hechos por los cuales acusó el Ministerio Público, condenando por el delito del art. 411 ter del C.P. y sobre el particular indicó lo siguiente: “... Al respecto podemos señalar que el artículo 367 bis del Código Penal, actualmente derogado. (Derogado por la Ley 20.507, publicada en el diario oficial el 8 de abril de 2011), pero que se encontraba vigente a la época de la ocurrencia de los hechos, decía en su inciso 1° “El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 20 a 30 unidades tributarias mensuales”. Dicho inciso es casi idéntico al actual 411 ter, sólo diferenciándose en la pena, dado que la actual es más beneficiosa “reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales”. En efecto el actual 411 ter señala “El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales”... Ahora bien, la conducta tipificada en el artículo 411 ter en su forma simple es esencialmente la misma a aquélla del artículo 367 bis inc. 1°. Promover o facilitar la prostitución... Por otra parte, siendo la figura contemplada en el artículo 411 ter más beneficiosa, conforme a la sanción impuesta, que aquélla contemplada en el inciso 1° del derogado artículo 367 bis del Código Penal, se prefería aquélla al aplicar la pena... Por último, cabe agregar que si bien la norma del artículo 367 bis fue derogada por la Ley 20.507, de ocho de abril de 2011, fue esa misma ley la que modificó los artículos 411 ter y quáter recogiendo la misma figura base y modificando y agregando otras calificadas... Luego, la conducta descrita en el artículo 367 bis fue íntegramente contemplada en los nuevos números 411 ter y quáter, por lo que resulta evidente y no requiere de mayores análisis, que la trata de personas, antes llamada trata de blancas, sancionada en el artículo 367 bis fue subsumida en la nueva normativa, por lo que malamente podría considerarse que los hechos cometidos el año 2010 no son sancionables... Por lo demás, la discusión en cuanto a la aplicación del artículo 367 bis derogado o 411 ter, es sólo para efectos de determinar cuál de aquellas normas le resulta más beneficiosa a los imputados, siendo la última de las mencionadas, la menos gravosa para ambos¹⁰².

102 Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 5 de agosto de 2013, RUC N°1000545158-8, RIT N°110-2013, considerando noveno.

La defensa interpuso un recurso de nulidad en contra de este fallo, el que finalmente fue rechazado por la I. Corte de Apelaciones de Santiago bajo los siguientes argumentos: “3°) *Que de la sola lectura de los preceptos transcritos precedentemente [411 ter y 367 bis inciso primer], y en los que se apoya el recurso de nulidad, se advierte que la conducta descrita en el artículo 367 bis inciso 1° –actualmente derogado– es prácticamente igual, al actual artículo 411 ter, en su forma simple, sólo difieren en la pena, ya que la norma actual resulta más beneficiosa, reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales. En consecuencia el tipo penal es promover o facilitar la prostitución, en ambas disposiciones...* 5°) *Que la sentencia en estudio, en su considerando noveno, subsumió correctamente los hechos, en el ilícito contemplado en el artículo 367 bis –vigente a la fecha de ocurrencia de los ilícitos– en relación con el artículo 411 ter ambos del Código Penal, por cuanto se cumplen las conductas descritas en ambas figuras, las que como ya se indicara son iguales y consisten en posibilitar, impulsar, iniciar, promover la prostitución,...* 6°) *Que el recurso de nulidad se ha establecido para corregir un error de derecho y existirá este error cuando el mandato legal deba cumplirse de determinada manera y la sentencia lo aplica de modo distinto. Vale decir se realiza una aplicación equivocada de la norma que tiene un sentido claro y una aplicación indiscutible. Y en este sentido, no resulta aceptable la fundamentación del recurso, en cuanto sostiene que el tipo penal se encuentra derogado, ya que como se viene advirtiendo, ambas normas ya analizados contienen idénticas conductas. En consecuencia, existe continuidad del tipo penal. De modo tal, que la circunstancia que la recurrente esgrime de inexistencia de norma que regule los hechos asentados y acreditados en la sentencia no es correcta. El legislador con la dictación del artículo 411 ter, desde el punto de técnica legislativa, en definitiva alteró la sintaxis y sólo modificó la pena del tipo, estableciendo una más benigna que la consignada en la antigua norma del artículo 367 bis, y así hoy en día la trata de personas, era lo que anteriormente se denominaba, trata de blancas...*”¹⁰³.

Por otro lado y en lo relativo a la aplicación del artículo 18 del C.P., respecto de hechos que afectaron a una de las víctimas y que acaecieron antes de la entrada en vigencia de la Ley N°20.507, calificadas por el Ministerio Público como un delito del art. 367 bis inciso segundo N°3 y 5 del C.P., el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago indicó que aplicaba la norma del artículo 411 quáter, atendido que el tipo de pena era de reclusión y no de presidio como en la antigua norma del art. 367 bis y la extensión de la misma, en tanto era una pena privativa de libertad, por lo que resultaba más favorable para la acusada¹⁰⁴.

103 I. Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de noviembre de 2013, Rol N°2744-2013, considerando tercero.

104 Cuarto Tribunal Oral de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, considerando undécimo. En el mismo sentido razonó el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 5 de agosto de 2013, RUC N°1000545158-8, RIT N°110-2013, considerando noveno.

Conclusiones

Más allá de los distintos aspectos dogmáticos y jurisprudenciales abordados en este artículo, hay ciertos temas que merecen una especial mención. El primero de ellos dice relación con las diversas manifestaciones que tiene la trata de personas en las diferentes latitudes del mundo: la trata de personas no reviste las mismas dinámicas en los distintos países.

En efecto, en Chile las organizaciones criminales que se han investigado han presentado una conformación más bien de grupos interconectados que de grandes mafias. Por otra parte, los mecanismos de captación han sido fraudulentos y no violentos, y las estrategias de control ejercidos por los tratantes sobre la víctima, estando ya en Chile, han tendido más al control psicológico de ella por sobre el encierro propiamente tal.

Por otro lado, en las investigaciones y juicios desarrollados en lo referente a este delito, se observa como nudo crítico el consentimiento de la víctima y la configuración de los medios comisivos que contempla la legislación. En este contexto, a diferencia de lo señalado en el Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, la legislación nacional no contempla una cláusula que indique que el consentimiento prestado por la víctima de trata de personas a toda forma de explotación intencional no se deba tener en cuenta cuando se haya recurrido a cualquier de los medios enunciados en el art. 3 de dicho Protocolo.

Más allá de esta omisión, y considerando tanto el bien jurídico afectado por este ilícito así como el contexto de vulnerabilidad de la víctima de trata de personas, pareciera ser que la presencia de un medio comisivo restaría eficacia al consentimiento de ésta, ya que en este caso la persona no se encontraría en condiciones de optar o decidir libremente, aunque aparentemente pareciera que consiente en su propia explotación. Aceptar lo contrario, entra en abierta contradicción con los valores de respeto y dignidad de la persona, propios de todo Estado Democrático de Derecho.

Un tema muy relacionado con el consentimiento, se refiere a la acreditación de los medios comisivos, en especial del engaño y del aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad. Esta prueba ha descansado en la declaración de la víctima y en pericias psicológicas que han tenido por finalidad ilustrar al tribunal no sólo respecto de la sintomatología y daño que el ilícito provocó en la víctima, sino que particularmente sobre la descripción de la dinámica del delito, la relación entre la víctima y los tratantes, los mecanismos o estrategias de control utilizados por éstos para mantener bajo su control a la víctima y explotarla y los factores de vulnerabilidad de esta última.

Como consecuencia de lo anterior, la declaración de la víctima en sede de tribunal oral ha sido imprescindible para que el tribunal condene. Esta constatación lleva a algunas reflexiones: Las dificultades que presenta para una víctima de un delito de estas características, que ha ejercido el comercio sexual, relatar esta situación ante personas desconocidas, atendida la grave estigmatización que trae aparejada consigo esta actividad y, por otro lado, el alto estándar de prueba exigido en estos casos por algunos jueces a la hora de tener por configurada la presencia de alguno de los medios comisivos contemplados en la legislación, al estimar que se está ante mujeres adultas que tienen, en definitiva, la opción de elegir si se prostituyen o no. Sobre este punto, es de suma relevancia tener presente que la concurrencia de estos medios comisivos debe ser analizada y valorada a la luz de la situación particular de cada víctima y no de la del juzgador.

En el caso de los delitos regulados en los artículos 411 ter y 411 quáter del C.P., la discusión acerca de los medios comisivos escapa del ámbito jurídico y se traslada a una discusión ideológica relativa al estatuto de la prostitución propiamente tal¹⁰⁵. En efecto, para algunos, la prostitución es una forma de trabajo, por lo que es preciso distinguir entre explotación sexual y ejercicio libre de la prostitución para discernir acerca de la convergencia del consentimiento. Para otros, la prostitución es una manifestación de la violencia de género contra las mujeres, por lo que ésta nunca se ejerce en condiciones de libertad, entendida ésta como la posibilidad de optar, dadas las circunstancias de vida que llevan a las mujeres a practicarla¹⁰⁶; de modo que siempre se encontrarán en tensión estas dos visiones del ejercicio de la prostitución al momento de evaluar la concurrencia o la ausencia de consentimiento de la víctima.

105 Para una revisión de los distintos modelos normativos de abordaje de la prostitución y sus resultados, consultar: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “Políticas de criminalización de la prostitución: Análisis crítico de su fundamentación y resultados”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª época, N°7, 2012, págs. 81- 142 [en línea]. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2012-7-2030&dsID=Documento.pdf> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

106 Para una descripción de las diversas posiciones en este tema: SERRA CRISTÓBAL, Rosario (Coord.). *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*. Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2007; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Las normas penales españolas: Cuestiones Generales. En: GARCÍA ARÁN, Mercedes (Coord). *Trata de personas y explotación sexual*. Granada, España, Editorial Comares, 2006, Capítulo IV, págs. 184 y sgtes. y ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira. Cuarto Panel: Acceso a la Justicia. En: Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes*. Santiago, Chile, 26 de octubre de 2012, págs. 111-116.

Referencias bibliográficas

- Aboso, Gustavo Eduardo. Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual. Buenos Aires, Argentina, Euros Editores S.R.L., 2013.
- Alonso Álamo, Mercedes. “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo, N°17, Bogotá, Colombia, 2006, págs. 171-210.
- Aguilar Aranela, Cristian. Delitos Sexuales. Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming. Doctrina y jurisprudencia. 2ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2012.
- Arias Madariaga, Emiliano y Figueroa Ossa, Ulda. “Concepto de trabajos forzados, servidumbre y esclavitud en el tipo penal del artículo 411 quáter del Código Penal Chileno y bienes jurídicos protegidos por estas modalidades de trata de personas. En: Revista Jurídica del Ministerio Público, Chile, N°55, Santiago, Chile, 2013, págs. 205- 219.
- Cárdenas Aravena, Claudia. Sobre ciertos problemas que se han suscitado en relación al delito de trata de personas [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 31 de octubre de 2013].
- Carnevali Rodríguez, Raúl. La trata de personas en la normativa internacional y su regulación en Chile. En: Van Weezel, Alex (edit.). Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en Memoria de Enrique Cury. 1ª ed., Santiago, Chile, Legalpublishing Thomson Reuters, 2013.
- Colombo, Marcelo. La trata de personas con fines de explotación sexual frente a la desigualdad y la vulnerabilidad. En: Kohen, Beatriz (comp.) y Aruza Navarrete, Sonia (colab.). Trata de personas con fines de explotación sexual. Cuestiones interjurisdiccionales. Ad -Hoc Srl. 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, 2013.
- Colombo, Marcelo Luis y Mángano, María Alejandra. “El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal”. En: Revista del Ministerio Público, N°11, Año 7, Provincia de Buenos Aires, Argentina, 2010 [en línea]. Disponible en: http://www.mpf.gov.ar/Accesos/Ufase/consentimiento_victima_trata.pdf [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].
- Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín

- 3778-18 [en línea]. Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2011 [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2013].
- Cumbre Judicial Iberoamericana, XIV, Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, 2008, págs. 5-9 [en línea]. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/ReglasdeBrasilia-2008.pdf> [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2013].
- Daunis Rodríguez, Alberto. “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”. En: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, N°1, 2010 [en línea]. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/693.pdf> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].
- Departamento de Estado de Estados Unidos. Trafficking in Persons Report (TIP), 2012 [en línea]. Disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/195803.pdf> [fecha de consulta: 17 de diciembre de 2013].
- Etcheberry Orthusteguy, Alfredo. Derecho Penal. Parte Especial. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Tomo IV, 1999.
- Federación de Mujeres Progresistas. Trata de mujeres con fines de explotación sexual en España. Estudio exploratorio [en línea]. Disponible en: <http://www.catedradh.unesco.unam.mx/BibliotecaV2/Documentos/Trata/Libros/trata%20en%20espana.pdf> [fecha de consulta: 31 de octubre de 2013].
- Gajardo Orellana, Tania y Torres Figueroa, Angélica. “Los tipos penales de tráfico de migrantes y trata de personas en la Ley 20.507”. En: Revista Jurídica del Ministerio Público, Chile, N°47, Santiago, Chile, 2011, págs. 231- 251.
- Gajardo Orellana, Tania; Guzmán Valenzuela, Karen y Suazo Schwencke, Carolina “Interpretación jurisprudencial de los principales tipos penales contenidos en la ley 20.507”. En: Revista Jurídica del Ministerio Público, N°53, Santiago, Chile, 2012, págs. 201-218.
- García Arán, Mercedes (Coord). Trata de personas y explotación sexual. Granada, España, Editorial Comares, 2006.
- Garrido Montt, Mario. Derecho Penal. Parte Especial. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998, Tomo III.
- Genera, Observatori DESC, Grup Antígona. Análisis socio jurídico de la trata con fines de prostitución forzada: Herramientas para una intervención desde una perspectiva de derechos. Universidad Autónoma de

- Barcelona, Noviembre de 2011 [en línea]. Disponible en: http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/Analisis_SocioJuridico_Trata_PF_-_Genera_-Desc_-Antigona_Nov2011_0.pdf [fecha de consulta: 31 de octubre de 2013].
- Guzmán Dálbora, José Luis. “La trata de personas y el problema de su bien jurídico”. En: *Revista Procesal Penal*, N°62, Santiago, Chile, Editorial LexisNexis, 2007, págs. 9-19.
- Kohen, Beatriz (comp.) y Aruza Navarrete, Sonia (colab.). *Trata de personas con fines de explotación sexual. Cuestiones interjurisdiccionales. Ad -Hoc* Srl. 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, 2013.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes*. Santiago, Chile, 26 de octubre de 2012.
- Maldonado Fuentes, Francisco. Cuarto panel: Acceso a la Justicia. En: Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes*. Santiago, Chile, 26 de octubre de 2012, págs. 99-104.
- Martos Núñez, Juan Antonio. “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (2012) [en línea]. Disponible en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/896/865%E2%80%8E> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].
- Ministerio Fiscal Español. Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración [en línea]. Disponible en: http://www.fiscal.es/Circulares,-Consultas-e-Instrucciones.html?buscador=0&c=Page&cid=1240559967917&codigo=FGE_&newPagina=1&numelempag=20&pagename=PFiscal%2FPPage%2FFGE_pintarCirculares [fecha de consulta: 16 de enero de 2014].
- Morales Plaza, Eva María. *Prostitución y trata de mujeres con fines de explotación sexual. Máster en Estudios Interdisciplinarios de Género*, Universidad de Salamanca, 2010-2011.
- Naciones Unidas. *Trabajos Preparatorios del Protocolo de Palermo* [en línea]. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf [fecha de consulta: 31 de octubre de 2013].
- Naciones Unidas, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Global Report on trafficking in persons*, Nueva York, 2012 [en línea]. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/>

Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2013].

Naciones Unidas, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Issue Paper: Abuse of a position of vulnerability and other “means” within the definition of trafficking in Persons, Viena, 2012 [en línea]. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf [fecha de consulta: 8 de enero de 2014]

Naciones Unidas, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, p. 2 [en línea]. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Guidance_Note_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability_S-1.pdf [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].

Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito. Manual sobre la investigación del delito de trata de personas. Guía de Autoaprendizaje, 2009, p. 11 [en línea]. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2013].

Novoa Monreal, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Parte General, Tomo I, 2005.

Oliver Calderón, Guillermo. Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2011.

Ontiveros Alonso, Miguel. El Derecho Penal frente a la trata de personas (problemas técnicos y político criminales) [en línea]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3064/16.pdf> [fecha de consulta: 31 de octubre de 2013].

Ontiveros, Miguel. Tercer panel: Políticas públicas. En: Instituto Nacional de Derechos Humanos. Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes. Santiago, Chile, 26 de octubre de 2012, págs. 85- 89.

Organización Internacional para las Migraciones [en línea]. Disponible en: <http://www.oim.org.co/conceptos-trata.html> [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2013].

Pérez Alonso, Esteban Juan. Trata de seres humanos: marco conceptual, legal y jurídico-penal. En: Orozco, Rosi (coord.). Trata de personas. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2011.

Pérez Cepeda, Ana Isabel y Quintero Olivares, Gonzalo. Las normas penales españolas: Cuestiones Generales. En: García Arán, Mercedes (Coord).

- Trata de personas y explotación sexual. Granada, España, Editorial Comares, Capítulo IV, 2006.
- Real Academia Española [en línea]. Disponible en: <http://rae.es/recursos/diccionarios/drae> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].
- Politoff Lifschitz, Sergio y Ortíz, Quiroga, Luis; Matus Acuña, Jean Pierre (coord.). Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Tomo I, Libro Primero, Parte General. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002.
- Politoff Lifschitz, Sergio; Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004.
- Rivero, Mónica Beatriz. Segundo panel: Diagnóstico de la trata de personas y tráfico de migrantes en Chile y la Región. En: Instituto Nacional de Derechos Humanos. Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes. Santiago, Chile, 26 de octubre de 2012, págs. 57-61.
- Rodríguez Collao, Luis. Delitos Sexuales. Reimpresión 1ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2001.
- Roperro Carrasco, Julia y Ruiloba Alvariño, Julia. Explotación sexual y prostitución: paradojas e hipocresías que impiden la protección de las víctimas [en línea]. Disponible en: <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/25/A99.pdf> [fecha de consulta: 31 de octubre de 2013].
- Serra Cristóbal, Rosario (Coord.). Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos. Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2007.
- Soto Donoso, Francisco. “Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3° del Protocolo de Palermo”. En: Revista Jurídica del Ministerio Público, N°39, Santiago, Chile, 2009, págs. 170-184.
- Soto Donoso, Francisco. La asistematicidad en el tratamiento jurídico de los delitos vinculados a la trata de personas establecidos en el Código Penal a partir de la ley N°20.507. Tesis para optar al grado de magíster, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013.
- Villacampa Estiarte, Carolina. “El delito de trata de personas: Análisis del nuevo artículo 177 bis C.P. desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”. En: AFDUDC, N°14, 2010, págs. 819-865.
- Villacampa Estiarte, Carolina. “Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídica penal”. En: Revista para el análisis del Derecho, InDret 1/2012,

Barcelona [en línea]. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/869.pdf> [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2013].

Villacampa Estiarte, Carolina. “Políticas de criminalización de la prostitución: Análisis crítico de su fundamentación y resultados”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª época, N°7, 2012, págs. 81- 142 [en línea]. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2012-7-2030&dsID=Documento.pdf> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

Villacampa Estiarte, Carolina y Torres Rosell, Núria. “Mujeres víctima de trata en prisión en España”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª época, N°8, 2012, págs. 411-494 [en línea]. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2012-8-5120&dsID=Documento.pdf> [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2013].

Vitar Cáceres, Jorge. “Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de trata de personas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°53, Santiago, Chile, 2012, págs. 59-80.

Zúñiga Añazco, Yanira. Cuarto Panel: Acceso a la Justicia. En: Instituto Nacional de Derechos Humanos. Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes. Santiago, Chile, 26 de octubre de 2012, págs. 111-116.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN LAVADO DE DINERO,
DELITOS ECONÓMICOS,
MEDIOAMBIENTALES
Y CRIMEN ORGANIZADO

PUNIBILIDAD DE LOS FRAUDES COMETIDOS MEDIANTE FALSIFICACIÓN Y USO DE LICENCIAS MÉDICAS FALSAS

Verónica Rosenblut Gorodinsky¹

1. Introducción

Hasta comienzos del mes de mayo de 2012, los fraudes cometidos contra el sistema de salud previsional por la obtención de beneficios improcedentes, se encontraban sancionados de manera genérica por un tipo penal especial que fue primitivamente introducido por el legislador en términos bastante similares, tanto en el artículo 38² de la Ley N°18.469, que REGULA EL EJERCICIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y CREA UN RÉGIMEN DE PRESTACIONES DE SALUD, como en el artículo 23³ de la Ley 18.933, que CREA LA SUPERINTENDENCIA DE INSTITUCIONES DE SALUD PREVISIONAL, DICTA NORMAS PARA EL OTORGAMIENTO DE PRESTACIONES POR ISAPRE Y DEROGA EL DECRETO CON FUERZA DE LEY N°3, DE SALUD, DE 1981 (más conocida como Ley de Isapres), y que fueron recogidos en el DFL N°1 DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, que FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL DECRETO LEY N°2.763, DE 1979 y DE LAS LEYES N°18.933 Y N°18.469.

En efecto, mientras en el artículo 168 del DFL N°1, se recogía el texto del artículo 38 de la Ley 18.469 estableciéndose que: *“Las personas que sin tener la calidad de beneficiarios obtuvieren mediante simulación o engaño los beneficios de este Libro; y los beneficiarios que, en igual forma, obtuvieren un beneficio mayor que el que les corresponda, serán sancionados con reclusión menor en sus grados mínimo a medio. En igual sanción incurrirán las personas que faciliten los medios para la comisión de alguno de los delitos señalados en el inciso anterior”*, el

-
- 1 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
 - 2 Artículo 38.- *Las personas que sin tener la calidad de beneficiarios obtuvieren mediante simulación o engaño los beneficios de esa ley; y los beneficiarios que, en igual forma, obtuvieren un beneficio mayor que el que les corresponda, serán sancionados con reclusión menor en sus grados mínimo a medio. En igual sanción incurrirán las personas que faciliten los medios para la comisión de alguno de los delitos señalados en el inciso anterior.*
 - 3 Artículo 23 inciso final: *El que sin tener la calidad de beneficiario, mediante simulación o engaño, obtuviere los beneficios establecidos en esta ley; y el beneficiario que, en igual forma, obtenga uno mayor que el que le corresponda, será sancionado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio. En igual sanción incurrirá el que coopere o facilite por cualquier medio la comisión de estos delitos.*

artículo 174 inciso final del mismo Decreto era el encargado de recoger el texto del artículo 23 de la Ley 18.933, al señalar que: *“El que sin tener la calidad de beneficiario, mediante simulación o engaño, obtuviere los beneficios establecidos en esta ley; y el beneficiario que, en igual forma, obtenga uno mayor que el que le corresponda, será sancionado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio. En igual sanción incurrirá el que coopere o facilite por cualquier medio la comisión de estos delitos”*, debiendo entenderse de acuerdo con la ubicación sistemática de cada uno de dichos artículos, que la primera norma contenía las figuras penales aplicables a los usuarios del sistema previsional del Fondo Nacional de Salud, y la segunda, los ilícitos que cometían los usuarios del sistema privado de salud previsional⁴, siendo en consecuencia correcto para los efectos de perseguir este tipo de conductas, invocar tanto la comisión de los ilícitos contemplados en los artículos 168 y 174 del DFL N°1, como la de los tipos penales contemplados en los artículos 23 de la Ley 18.933 y 38 de la ley 18.469, aún vigentes.

Sin embargo, con la publicación de la Ley 20.585 sobre otorgamiento y uso de licencias médicas, el 11 de mayo de 2012, se introdujeron en el artículo 202 del Código Penal, que hasta esa fecha era del siguiente tenor: *“el facultativo que librare certificación falsa de enfermedad o lesión con el fin de eximir a una persona de algún servicio público, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”*; tres nuevos incisos, que pasaron a ser los incisos segundo, tercero y cuarto, con los cuales se pretendió establecer una sanción especial para aquellos fraudes contra el sistema de salud previsional cometidos mediante licencias médicas falsificadas, al regularse, en el nuevo inciso segundo de dicho artículo, que: *“El que incurra en las falsedades del artículo 193 en el otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez será sancionado con las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales”*.

Tal como puede desprenderse a partir de lo señalado en el artículo 1° de la referida ley, dicha normativa tuvo por objeto: *“establecer regulaciones que permitan asegurar el otorgamiento, uso correcto de la licencia médica y una adecuada protección al cotizante y beneficiarios de las Instituciones de Salud Previsional y del Fondo Nacional de Salud, mediante la aplicación de medidas de control y fiscalización, y de sanciones respecto de las conductas fraudulentas, ilegales o abusivas relacionadas con dicho instrumento”*.

En lo que se refiere a la sanción penal de las conductas de falsificación y uso de licencias médicas falsas, el proyecto de ley que fue presentado por el Ejecutivo de

4 En efecto, mientras el artículo 168 se ubica dentro del LIBRO II del DFL N°1, que REGULA EL EJERCICIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y CREA UN RÉGIMEN DE PRESTACIONES DE SALUD, el artículo 174 se ubica dentro del LIBRO III del mismo Decreto, que establece EL SISTEMA PRIVADO DE SALUD ADMINISTRADO POR LAS INSTITUCIONES DE SALUD PREVISIONAL.

la época en el mes de diciembre de 2009, de acuerdo a lo señalado en su Mensaje, pretendía sancionar, mediante el establecimiento de una figura especial, fuera del Código Penal, a las personas que incurrieran en falsedad en el otorgamiento de licencias médicas, de declaraciones de invalidez, o de cualquier antecedente esencial que las justificaran, así como a las que hicieran uso malicioso de dichos instrumentos falsos, con las penas que se establecían en el artículo 202 del Código Penal; norma que contemplándose en el primitivo artículo 8° del Proyecto, consideraba además de la aplicación de la pena de inhabilitación temporal para emitir licencias médicas, una agravante especial en caso de reincidencia específica, y como norma de carácter procesal, la posibilidad que desde la formalización de la investigación, el tribunal, a petición del fiscal o del querellante, pudiera disponer, respecto del profesional que apareciera involucrado en los hechos, la suspensión de su facultad de emitir licencias médicas mientras durara la investigación o por el plazo inferior que fijara fundadamente el tribunal.

Sin embargo, durante el primer trámite constitucional del Proyecto, y luego de que al interior de la Comisión de Salud del Senado fuera rechazada la idea de legislar sobre esta materia, conociendo la Comisión de Trabajo de la Cámara Alta el mismo Proyecto, en la cual, por el contrario, se aprobó la idea de legislar, se presentaron distintas indicaciones tanto por el Ejecutivo como por algunos Senadores, orientándose algunas de ellas a sancionar conjuntamente con el otorgamiento de las licencias falsas, su obtención y tramitación⁵, y otras, a proponer la inclusión de la sanción de estas conductas en el propio Código Penal mediante la modificación del artículo 202, pero limitada en un comienzo, en lo que se refería a la sanción del otorgamiento de licencias médicas falsas, a conductas que implicaran habitualidad⁶, posibilidad que en esta etapa de la tramitación parlamentaria fue rechazada por los miembros de

5 Indicación N°25 de S.E. el Presidente de la República, para intercalar, luego de “otorgamiento”, la frase “obtención o tramitación”. Ver en Historia de la ley N°20.585 [en línea] Disponible en: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#> [fecha de consulta: 5 de marzo de 2014]. Indicación N°26 de la Honorable Senadora señora Rincón, para agregar la siguiente oración final: “Con la misma pena señalada en este inciso será sancionada la persona en favor de quien se emite la licencia médica, declarada falsa en virtud de lo establecido en esta ley”.

6 Indicación N°39 del Honorable Senador señor Larraín, para incorporar el siguiente artículo segundo, nuevo:

“Artículo segundo.- Modifícase el Código Penal, en el siguiente sentido:

1) Agréganse los siguientes incisos segundo y tercero, nuevos, en el artículo 202:

“La misma pena del inciso anterior se aplicará al profesional de la salud que otorgue más de cuarenta licencias médicas con el objeto de que el paciente obtenga algún beneficio previsional o de seguridad social sin justificación médica, además de una multa de mil a diez mil unidades tributarias mensuales, que será determinada por el juez en proporción a la gravedad de la conducta.

Desde el momento de la formalización, el juez de garantía que esté conociendo de la causa podrá disponer, de oficio o a petición de la Secretaría Regional Ministerial de Salud o de la Superintendencia de Seguridad Social, respecto del profesional de la salud que apareciera involucrado en los hechos, la suspensión de su facultad de emitir licencias médicas mientras dure la investigación o por el plazo inferior que fije el tribunal fundadamente”.

las Comisiones unidas de Salud y Trabajo del Senado, señalando que al analizar dicha propuesta, se había concluido que una enmienda al Código Penal debería ser objeto de análisis en un proyecto de ley que fuera presentado con ese preciso fin y revisado en su propio mérito.

Posteriormente, en segundo trámite constitucional, al discutir en particular sobre el proyecto remitido desde el Senado, hubo consenso en la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, sobre la inconveniencia que en un mismo artículo se contemplaran, conjuntamente, sanciones administrativas y penales; razón por la cual se propuso que los tipos penales especiales fueran regulados en el Código Penal, de manera de permitir el ejercicio de la acción penal independientemente de las sanciones administrativas que se contenían en el Proyecto, lo cual se consideró además conveniente atendida la circunstancia de que la iniciativa legal consideraba también penas accesorias que posibilitaban la declaración de inhabilitación, incluso perpetua, para el desempeño de profesiones titulares.

Haciéndose presente en consecuencia, al interior de la referida Comisión, la incongruencia de legislar una modificación al Código Penal en el articulado de la ley de licencias médicas, se presentó una indicación por el entonces H. Diputado Letelier, para reemplazar la materia contenida en el artículo 9° del Proyecto, y establecer sanciones penales, pero a través de la modificación de los Códigos Penal y Procesal Penal, proponiéndose en definitiva la eliminación de dicho artículo y su sustitución por dos nuevos artículos que fueron incluidos al final del Proyecto (13⁷ y 14⁸), mediante los cuales se introducían modifica-

7 Artículo 13 (nuevo). Indicación del Diputado Letelier para introducir las siguientes modificaciones en el Código Penal:

a) Agréganse los siguientes incisos segundo, tercero y cuarto, en el artículo 202 del Código Penal:

“El que incurra en falsedad en el otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas, de declaraciones de invalidez o de cualquier antecedente esencial que las justifiquen, será sancionado con las penas previstas en este artículo. Incurrirá también en la sanción establecida en el inciso primero, el que haga uso malicioso de los documentos falsos indicados.

La misma pena del inciso anterior se aplicará al facultativo que otorgue licencias médicas para que el paciente obtenga beneficios previsionales o de seguridad social. En este caso se aplicará una pena de cien a dos mil unidades tributarias mensuales. Para efectos del inciso precedente, se entenderá que incurre en falsedad el que ejecute cualquiera de las conductas descritas en los numerales 1° a 7° del artículo 193 del Código Penal, y se considerará que comete la falsedad del numeral 4° del citado artículo, el profesional que falte a la verdad en la certificación de el o los diagnósticos.

En caso de reincidencia se deberán aplicar las penas previstas en este artículo, aumentadas en un grado, y la sanción de inhabilitación perpetua para emitir licencias médicas”.

b) Agrégase el siguiente inciso segundo, en el artículo 234 del Código Penal:

“El empleado público que, por abandono o negligencia inexcusable, diere ocasión a que se cursen licencias médicas comprendidas en el inciso segundo del artículo 202, será sancionado con la pena indicada en el inciso anterior, más una multa de veinte a cincuenta unidades tributarias mensuales”.

8 Artículo 14 (nuevo). Indicación del Diputado Letelier para introducir la siguiente modificación al Código Procesal Penal:

ciones a los artículos 202 y 234 del Código Penal y se incorporaba un artículo 156 bis nuevo al Código Procesal Penal, lo que fue aprobado por la Comisión.

Fruto del análisis que se realizó al interior de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, a la redacción propuesta por la indicación del Diputado Letelier para modificar el artículo 202 regulando allí las conductas de falsificación de licencias médicas, se formuló una indicación que agregaba, al final del nuevo inciso segundo, una frase mediante la cual se pretendía sancionar además específicamente el uso de los documentos falsos⁹; indicación que finalmente fue rechazada.

En definitiva, en segundo trámite constitucional, la Cámara Revisora agregó los artículos 11 y 12 permanentes nuevos, que fueron aprobados en tercer trámite por la Comisión Mixta, y que implicó que el texto definitivo con que en esta materia resultara promulgada y publicada la Ley 20.585, fuera el siguiente:

Artículo 11.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal:

a) Intercálase en el artículo 21, en el acápite “Penas de simples delitos”, a continuación de la oración “Inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad”, lo siguiente: “Inhabilitación especial temporal para emitir licencias médicas”.

b) Agréganse los siguientes incisos segundo, tercero y cuarto en el artículo 202:

“El que incurra en las falsedades del artículo 193 en el otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez, será sancionado con las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales.

Si el que cometiere la conducta señalada en el inciso anterior fuere un facultativo, se castigará con las mismas penas y una multa de cincuenta a quinientas unidades tributarias mensuales. Asimismo, el tribunal deberá aplicar la pena de inhabilitación especial temporal para emitir licencias médicas durante el tiempo de la condena.

En caso de reincidencia, la pena privativa de libertad se aumentará en un grado y se aplicará multa de setenta y cinco a setecientas cincuenta unidades tributarias mensuales.

“Agrégase, en el artículo 155, la siguiente letra h):

“h) La suspensión de la facultad de emitir licencias médicas mientras dure la investigación o por el plazo inferior que el tribunal, fundadamente, determine”.

9 “Incurrirá también en la sanción establecida en el inciso primero, el que haga uso malicioso de los documentos falsos indicados”.

Artículo 12.- Agrégase en el Código Procesal Penal el siguiente artículo 156 bis:

“Artículo 156 bis.- Medidas cautelares especiales. En los casos de investigaciones por fraude en el otorgamiento de licencias médicas, el tribunal podrá, en la oportunidad y a petición de las personas señaladas en el artículo 155, decretar la suspensión de la facultad de emitir dichas licencias mientras dure la investigación o por el menor plazo que, fundadamente, determine”.

2. Estructura del tipo penal

De acuerdo a lo expuesto en el apartado anterior, la figura penal establecida mediante la Ley N°20.585 para los efectos de sancionar los fraudes previsionales en que el medio comisivo es específicamente la utilización de una licencia médica falsa, se encuentra contemplada en el actual inciso segundo del artículo 202 del Código Penal, cuyo texto, como se dijo, es el siguiente: *“El que incurra en las falsedades del artículo 193 en el otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez será sancionado con las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales”*.

En primer lugar, se hace necesario clarificar el significado del verbo rector de la conducta que se sanciona mediante esta figura, diremos que por “incurrir”, de acuerdo a lo establecido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en la acepción que aquí resulta pertinente, debe entenderse: “caer en una falta, cometerla. *Incurrir EN un delito, EN un error, EN perjurio*”, siendo en definitiva la conducta típica que aquí se sanciona, el cometer una falsedad.

De acuerdo con ello, si bien resulta completamente coherente entender que de acuerdo a la restante descripción de la fase objetiva del tipo que se realiza en la norma, aquélla se encontraría satisfecha, cuando una o más de las falsedades que se prevén en el artículo 193 del Código Penal, se realizan al otorgar u obtener una licencia médica, lo que nos llevaría a entender que en el primer caso sería el emisor de la licencia o facultativo quien estaría cometiendo dicha falsedad, y en el segundo, probablemente el paciente (o beneficiario de la ulterior prestación previsional), no resulta sin embargo completamente claro, a qué hipótesis podría estar refiriéndose la norma, cuando prevé como supuesto punible, la falsedad que se comete en la tramitación de la licencia médica.

En efecto, pudiendo admitirse que a la luz de las diversas hipótesis de falsedad que se contemplan en los numerales del artículo 193 del Código Penal, dicho supuesto podría estar aludiendo a las alteraciones materiales que el paciente realiza en la licencia, como si por ejemplo aumenta el número de días por el cual ha sido otorgada, o la calificación de la naturaleza del reposo indicado; pareciera sin embargo resultar, que fuera de estos casos, la simple utilización

de la licencia médica falsa por parte del beneficiario, cuando para su obtención aquél no ha incurrido en ninguna falsedad, no podría ser sancionada por este tipo penal, sin perjuicio de que pudiera discutirse la aplicación de las figuras penales aún vigentes, previstas en el DFL N°1 de Salud.

En efecto, aun cuando de acuerdo con la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N°20.585, consta del texto del Informe de las Comisiones unidas de Salud y Trabajo del Senado que, cuando *“la Honorable Senadora señora Rincón consultó si el Ejecutivo ha recogido la inquietud manifestada en este debate, en torno a sancionar a todos quienes intervienen en la emisión de una licencia médica falsa”* y *“Destacó que, sin perjuicio de que se analizará la readecuación del régimen de sanciones que proponga el Ejecutivo, es importante considerar en dicho régimen, un sistema sancionatorio que recaiga tanto sobre el profesional, como sobre el trabajador y el respectivo organismo administrador, en la medida que ellos incurran en un ilícito en esta materia. Es decir, recalcó, el castigo debe estar orientado a todos quienes resulten involucrados”*, la abogada de la División Jurídica del Ministerio Secretaría General de la Presidencia respondió que, *“efectivamente, haciendo eco de dicha sugerencia, el Ejecutivo, mediante la indicación número 25, de su autoría, propone señalar en la norma que “el que incurra en falsedad en el otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas” y que “De esta forma... se sancionaría a los diferentes partícipes de este hecho, incluyendo, por tanto, también al paciente”*, pareciera ser que no fue ésa en definitiva la intención que imperó entre los legisladores.

Y ello, por cuanto, en el marco de la discusión en sala que se dio en segundo trámite constitucional, en la Cámara de Diputados, el entonces H. Diputado Calderón señaló, en relación con la frase final que en esa etapa se incluía en el inciso segundo nuevo que se incorporaba mediante el Proyecto al artículo 202 del Código Penal, que: *“quiero hacer hincapié que el diputado Burgos me pidió hacer notar que la sanción al uso malicioso de los documentos falsos dice relación con una conducta que se diferencia de la castigada en el tipo principal, esto es, en el otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez, es decir, no se trata de la misma conducta. Hemos querido dejar constancia de eso en la historia fidedigna del establecimiento de la ley”*.

Pero además, en relación con la misma propuesta, tal como se lee de las actas de dicha discusión, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de la cual formaba parte el entonces H. Diputado Burgos, *“dejó constancia de que la oración final del nuevo inciso segundo, es decir “Igual sanción se aplicará al que haga uso malicioso de los documentos falsos indicados”, se refería a terceros que hicieran mal uso de las licencias y declaraciones de invalidez a que se refiere esta norma, pero sin haber tenido participación en el otorgamiento, obtención o tramitación de dichos documentos”*; indicación que finalmente fue rechazada por la sala en segundo trámite constitucional.

De lo anterior resulta entonces, que habiendo rechazado los legisladores la inclusión de una norma expresa mediante la cual se sancionaba la conducta de uso o utilización de licencias médicas falsas, la figura que fue incorporada como nuevo inciso segundo del artículo 202 del Código Penal, no contempló tampoco dentro del ámbito de protección de la norma, la sanción de tales usos, por cuanto tal como se desprende de la historia fidedigna de la Ley N°20.585, durante su tramitación se hizo expreso hincapié en que ese tipo de conductas era diferente a las que se sancionaban mediante el “tipo principal”, esto es, a las de “*otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez*”.

Siendo ésta la correcta aplicación que estimamos debiera darse a la figura en análisis, surge entonces la pregunta de si corresponde considerar aún vigentes, para los efectos de sancionar las conductas de uso de licencias médicas falsas, los tipos penales contemplados en el DFL N°1 de Salud (artículos 168 y 174), y a través de los cuales es posible sancionar no sólo la conducta de aquel sujeto que no teniendo la calidad de beneficiario obtiene mediante simulación o engaño (en este caso, mediante el uso de una licencia falsa), los beneficios otorgados por el sistema previsional de salud; conducta que en principio sería evidentemente reprochable, sino que también, al beneficiario que por el mismo medio obtiene mayores beneficios que los que le corresponden.

En respuesta a esta interrogante, creemos correcto sostener, que no habiendo operado a través de la dictación de la Ley N°20.585, ni una derogación expresa de los mencionados artículos 168 y 174, ni una derogación orgánica de toda la normativa contemplada en el DFL N°1 de Salud, sólo podría sostenerse haber tenido lugar aquí, a partir de la inclusión de los incisos segundos, tercero y cuarto del artículo 202 del Código Penal, una derogación tácita, esto es, la pérdida de vigencia de aquella parte de la norma antigua que resulta contradictoria con el texto y espíritu de la norma nueva, pero siempre que efectivamente hubiera existido dicha contradicción.

Sin embargo, a la luz del texto prácticamente idéntico de los artículos 168 y 174 del DFL N°1 de Salud, mediante los cuales se sanciona a quienes *sin tener la calidad de beneficiarios obtuvieron mediante simulación o engaño los beneficios de esta Ley; y los beneficiarios que, en igual forma, obtuvieron un beneficio mayor que el que les corresponda*, dicha contradicción debiera a nuestro juicio descartarse, afirmándose por el contrario la vigencia de ambas normas, ya que como precisamente no podrían sancionarse mediante la aplicación del inciso segundo del artículo 202 del Código Penal, aquellos casos en que la licencia médica falsa es el medio engañoso utilizado por el paciente que no ha tomado parte o intervenido en la falsificación, para obtener indebidamente un beneficio previsional, las figuras penales establecidas en el DFL N°1 de Salud, no habrían resultado derogadas tácitamente en esta parte por la nueva figura penal introducida, por cuanto aquellas sí cubrirían estas hipótesis.

No habría ocurrido empero lo mismo, con la parte final de ambos artículos, mediante la cual se establecía en términos prácticamente idénticos, que en igual sanción incurrían las personas que (cooperen o) *faciliten los medios para la comisión de alguno de los delitos señalados*, es decir, por ejemplo, el facultativo que extendió u otorgó la licencia médica falsa con la cual el paciente pudo obtener indebidamente un beneficio previsional, ya que, como se dijo, esta conducta sí se encuentra hoy expresamente sancionada en el nuevo inciso segundo del artículo 202 ya mencionado; razón por la cual correspondería entender que en esa parte sí habría operado una derogación tácita de ambas normas.

Siguiendo con el análisis de la figura del inciso segundo del artículo 202 del Código Penal, debe señalarse que en relación con el tipo o clase de falsedades cuya comisión pueden dar lugar al delito, al referirse esta norma expresamente a *“las falsedades del artículo 193”*, debe estimarse que todas y cada una de las señaladas en dicho artículo, a excepción probablemente de la prevista en el número 8 (por improcedente), podrían dar lugar a la comisión de este ilícito, cosa que por lo demás, quedó expresamente consignada en la Historia de la Ley N°20.585, al señalarse en el Primer Informe de la Comisión de Salud del Senado, durante el primer trámite constitucional del Proyecto, que: *“para la determinación del tipo penal se entendería que incurre en falsedad en el otorgamiento de licencias médicas, el que ejecutare cualquiera de las conductas descritas en los numerales 1° a 7° del artículo 193 del Código Penal, y se considerará igualmente que comete la falsedad del numeral 4° del citado artículo, el profesional que falte a la verdad en la certificación de el o los diagnósticos. De esta forma el proyecto sanciona tanto las falsedades materiales como ideológicas de licencias médicas”*.

Por otro lado, resulta importante tener presente que la figura del inciso segundo del artículo 202 del Código Penal, es un delito de mera actividad, en la medida que para la consumación del ilícito basta con incurrir en falsedad en cualquiera de los tres momentos que prevé la norma (otorgamiento, obtención o tramitación), sin que sea necesario que dicha conducta haya por ejemplo permitido además la obtención indebida de un beneficio previsional de parte de una Institución de Salud Previsional privada o del Estado.

En este aspecto, la mencionada figura presenta una importante diferencia con los delitos mediante los cuales será posible sancionar la conducta de los beneficiarios que utilicen licencias médicas falsas, por cuanto al ser los ilícitos previstos en los artículos 168 y 174 del DFL N°1 de Salud, delitos de resultado, será necesario para la consumación de los mismos, que efectivamente se haya otorgado el beneficio indebido, lo cual no obstaría sin embargo a que desde la presentación de la licencia falsa al empleador, o eventualmente, desde la emisión y entrega de la misma al trabajador con el objeto de que aquella sea presentada a su empleador, pueda ya perseguirse la sanción del delito en fases imperfectas de ejecución.

En relación con este punto, resulta importante considerar que de acuerdo con lo establecido en el párrafo 2° del Título II del Libro II del DFL N°1, sobre “prestaciones pecuniarias”: *“Artículo 149.- Los trabajadores afiliados, dependientes o independientes, que hagan uso de licencia por incapacidad total o parcial para trabajar, por enfermedad que no sea profesional o accidente que no sea del trabajo, tendrán derecho a percibir un subsidio de enfermedad, cuyo otorgamiento se regirá por las normas del Decreto con Fuerza de Ley N°44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social”*, subsidio cuyo pago, de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 de dicho DFL, *corresponderá a la entidad que deba otorgarlos o al empleador, si lo ha convenido con la entidad otorgante*. Entre las entidades que deben otorgarlos se encuentran, de acuerdo con lo señalado en el artículo 151 del DFL N°1, *el respectivo Servicio de Salud, Caja de Compensación de Asignación Familiar o Institución de Salud Previsional, según corresponda*. Por último, de acuerdo con el Artículo 14° del DFL N°44: *“Los subsidios se devengarán desde el primer día de la correspondiente licencia médica, si ésta fuere superior a diez días o desde el cuarto día, si ella fuere igual o inferior a dicho plazo”*.

Entendiendo entonces que la prestación pecuniaria que otorga el sistema previsional de salud, consiste en un subsidio que se entrega al trabajador (afiliado o cotizante) que hace uso de una licencia médica por incapacidad total o parcial para trabajar, y que éste constituye en definitiva el beneficio que para los casos en análisis debe recibirse indebidamente; para los efectos de determinar en cada caso cuál patrimonio resultará afectado, habrá que distinguir si nos encontramos frente a trabajadores del sector público o del sector privado.

Y ello, por cuanto en el primer caso, si bien la forma en que opera el sistema es que una vez presentada la licencia médica por el trabajador a su empleador, éste gestiona el pago del subsidio con la institución previsional que corresponde, es decir, a través del COMPIN¹⁰ si el sujeto está afiliado a FONASA o directamente con la ISAPRE, el beneficio que es pagado por la institución previsional sólo se devenga a partir del cuarto día de la licencia médica y por un monto mensual total cuyo tope bordea las UF 64, por lo que si bien en caso de presentarse una licencia médica falsa, efectivamente resultarán perjudicados patrimonialmente FONASA o la ISAPRE que corresponda por el monto de los beneficios que hayan otorgado, también podría resultar patrimonialmente perjudicado el empleador, es decir, el Fisco, en la medida que siendo obligatorio en la administración pública que el empleador continúe con el pago del sueldo del trabajador que está haciendo uso de una licencia médica, sólo podrá repetir en contra de la institución previsional correspon-

10 Comisión Médica, Preventiva e Invalidez, que forma parte de la Subsecretaría de Salud Pública y cuya misión es velar, de acuerdo con la ley, por el cumplimiento de las normas médico legales en materias de seguridad social; actuar como garante de la fe pública en la certificación de estados de salud y en la gestión de procesos técnicos y administrativos; y garantizar en forma eficaz el acceso a los beneficios de la protección social en salud, entre otras funciones.

diente a partir del 4° día de licencia y hasta el tope mencionado, debiendo en consecuencia asumir patrimonialmente el costo del pago del sueldo correspondiente a los primeros tres días de la licencia y, eventualmente, de la parte del sueldo del trabajador que excede el tope del beneficio que es pagado por la institución de salud previsional.

En el segundo caso, en cambio, será FONASA a través del COMPIN, la ISAPRE directamente, o ésta a través de una CAJA DE COMPENSACIÓN, la que otorgue el beneficio luego de que el empleador gestione el pago tras haber recibido la licencia, y sin que por regla general el empleador deba soportar el pago del monto proporcional al sueldo de los primeros tres días por los cuales aquélla ha sido otorgada, ni la parte del sueldo del trabajador que excede del monto tope del subsidio, por lo que en principio, el único patrimonio que resultará afectado, será el de la institución previsional correspondiente.

Lo anterior, sin embargo, no implica sostener que nos encontremos frente a un delito contra el patrimonio o propiedad, ya que, por el contrario, en este tipo de figuras se tiende a sostener que se trata de delitos que atentan contra bienes jurídicos colectivos o supraindividuales como serían el correcto funcionamiento del sistema de seguridad social o del sistema previsional de salud.

Por último, terminando con el análisis de estos tipos penales, habrá que señalar en cuanto a la faz subjetiva de los mismos, que tanto la nueva figura contemplada en el inciso segundo del artículo 202 del Código Penal como las reguladas en los artículos 168 y 174 del DFL tantas veces mencionado, son figuras dolosas¹¹.

11 En relación con ello, en la historia de la tramitación de la Ley N°19.381, concretamente en el Segundo Informe de la Comisión de Salud de la H. Cámara de Diputados evacuado en Primer Trámite Constitucional, quedó constancia de lo siguiente: “La indicación N°6, del H. Senador señor Otero, sustituye el inciso final del artículo 23 propuesto, por el siguiente: “El que sin tener la calidad de beneficiario, mediante simulación o engaño o suplantación de persona, obtuviere los beneficios establecidos en esta ley o uno mayor que el que le corresponda, será sancionado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio. En igual sanción incurrirá el que, a sabiendas, coopere o facilite por cualquier medio la comisión de estos delitos”. La unanimidad de los miembros de la Comisión, ya individualizados a propósito de la indicación anterior, estuvo por aprobar la indicación transcrita, salvo en lo que se refiere a la expresión “a sabiendas”, respecto de la cual se produjeron opiniones discrepantes. En efecto, el H. Senador señor Otero, sostuvo la conveniencia de incorporar la citada expresión, a fin de evitar posibles sanciones a personas inocentes. Por su parte, la H. Senadora señora Feliú, manifestó que la mencionada inclusión es innecesaria, toda vez que el Código Penal, en su artículo 12, inciso segundo, expresamente señala que las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario. A su turno, el señor Fiscal de la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional señaló que, a su juicio, la incorporación de elementos subjetivos en el tipo no es recomendable como técnica legislativa, prefiriendo al respecto la aplicación de las normas generales. Puesta en votación la indicación, sin la expresión “a sabiendas”, ella resultó aprobada por la unanimidad de los miembros de la Comisión. Luego, al votarse la mencionada expresión, resultó rechazada como consecuencia de la

3. Otras figuras penales eventualmente aplicables

El artículo 204 CP, sanciona al que falsificare un documento de la clase a que se refieren los mencionados en los artículos 203 y 202 que lo preceden, ampliándose la sanción, en su inciso segundo, al uso malicioso de los mismos documentos falsos, pero siempre que ese uso sea hecho con el mismo fin, esto es, con la finalidad de eximir a alguna persona de algún servicio público, de acuerdo a lo establecido en el inciso primero del artículo 202 del C.P., o bien, con la de recomendar a alguna persona, en los términos que señala el artículo 203 del C.P., surgiendo por tanto la duda de si a través de las figuras del artículo 204 del C.P., sería posible también sancionar la falsificación o uso de licencias médicas falsas.

Para los efectos de responder esta interrogante, y dando una interpretación útil a las normas contenidas en los incisos primero y segundo del referido artículo 204 a la luz del actual inciso segundo del artículo 202 del C.P., resulta importante aclarar, en primer término, que el objeto del delito de las figuras establecidas en dichos incisos, es especial y diferente al de una licencia médica, y consiste, en lo que respecta a los documentos signados en el inciso primero del artículo 202 del C.P., en una certificación de enfermedad o lesión, esto es, de acuerdo con lo señalado por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en un *“Documento en que se asegura la verdad de un hecho”*.

Pero además, también es importante aclarar, que de la redacción de estas normas se advierte que la hipótesis que pretende sancionarse mediante esta figura es, en el caso del inciso primero del artículo 204 del C.P., la de la falsificación material que un tercero hace de dicha certificación luego de que aquella ha sido expedida por un facultativo, señalando por tal motivo nuestra doctrina, que la figura del inciso primero del artículo 202 del C.P., sería un delito especial que requiere de un sujeto activo calificado, de un facultativo, es decir, de un médico (se excluirían como posibles sujetos activos de estos delitos otros profesionales de la salud como enfermeras y matronas¹²) que comete una falsedad ideológica, en la medida que la conducta típica consiste en extender o librar un certificado, es decir, un documento escrito, respecto de una enfermedad o lesión que no tiene el paciente, o que es de naturaleza o gravedad distinta a la que se indica.

aplicación del artículo 178 del Reglamento de la Corporación. Votaron por su eliminación los HH. Senadores señora Feliú y señor Ruiz-Esquide y, por su mantención, el H. Senador señor Larre. Se abstuvieron los HH. Senadores señora Carrera y señor Piñera. En todo caso, se acordó dejar constancia de que la eliminación de la expresión en cuestión, no implica que la conducta no requiera dolo”.

12 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. 4ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2008, Tomo IV, p. 101.

Sin embargo, tanto para los efectos de la configuración de las hipótesis de falsedad establecidas en los incisos primero de los artículos 202 y 204 antes referidos, como para la del ilícito de uso contemplado en el inciso segundo de esta última norma, se requiere que la finalidad con que se realicen las conductas de falsificación o uso, sea la de eximir a una persona de algún servicio público, surgiendo en este punto la duda acerca de cuál debe ser la interpretación que debe hacerse de dicho concepto, pudiendo en efecto sostenerse una interpretación restrictiva a partir de la cual se estime que por *servicio público* ha de entenderse exclusivamente aquellas actividades o funciones que obligatoriamente son impuestas por la ley o la Constitución a una persona y que ceden en beneficio de la nación como la obligación de realizar el servicio militar o de ser vocal de mesa; o bien, una interpretación amplia, a través de la cual se identifique dicho concepto con todas las funciones que realizan los funcionarios públicos, señalando el único de nuestros autores que se ha referido particularmente a este tema, que: “*Debe entenderse, en consecuencia, que en el caso del certificado médico, el “fin debe ser el de eximir del servicio a una persona llamada a él (expresamente exigido por la ley)”*”¹³, aludiendo así, a nuestro parecer, a una interpretación restrictiva.

En consecuencia, si bien por la remisión genérica que realiza el artículo 204 del C.P. a los documentos signados en el artículo 202 del C.P., para los efectos de sancionar su falsificación material por una persona distinta de quien los ha expedido, así como su uso malicioso, podría en principio estimarse que en particular la norma contemplada en el inciso segundo de dicho artículo, serviría para sancionar el uso malicioso de licencias médicas falsas, lo cierto es que datando el texto de dicha norma del año 1996¹⁴, esto es, de una fecha anterior a la inclusión del actual inciso segundo del artículo 202 del C.P. ocurrida en el año 2012, en que la referencia efectuada por dicho artículo se entendía realizada exclusiva e inequívocamente a los documentos signados en el inciso primero de esta última norma, esto es, a las certificaciones y no a las licencias médicas, su aplicación a las hipótesis de fraudes cometidos mediante falsificación y uso de licencias médicas falsas, debiera descartarse.

13 ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Tomo IV, p. 182.

14 Ley N°19.450, Publicada en el Diario Oficial con fecha 18 de marzo de 1996, que “Sustituye escalas de multa que señala y Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, la Ley N°18.287 y el Decreto Ley N°645, de 1925”.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO DE LAVADO DE DINERO COMETIDO CON NEGLIGENCIA INEXCUSABLE¹

*Angélica Torres Figueroa*²

La aplicación de la Ley N°19.913 ha generado una interesante discusión en doctrina y jurisprudencia referida al tipo penal de lavado de dinero previsto en el artículo 27 letras a) y b) respecto a aspectos tales como la autonomía del delito de lavado de dinero frente al delito base o precedente; objeto material del delito de lavado de dinero y posibilidad de mezcla de bienes o lavado sustitutivo; autolavado y agotamiento del delito base; exigencia de sentencia condenatoria previa por el delito base; elemento subjetivo y posibilidad de cometer el delito de lavado de dinero con dolo eventual; tipologías de lavado de dinero, entre otros y la figura de lavado de dinero cometida con negligencia inexcusable, prevista en el artículo 27 inciso 4°.

En las páginas siguientes, pretendo centrar la atención en el contenido y alcance de la negligencia inexcusable en el delito de lavado de dinero, punto de partida al momento de aplicar esta figura, intentando fijar criterios para una adecuada aplicación de ésta.

1. Lavado de dinero culposo en la legislación chilena

Historia de la ley

En la discusión legislativa, el Ministerio Público, señaló que la normativa internacional tiende a recomendar que los Estados sancionen la modalidad imprudente. Agregó que el Reglamento Modelo sobre los delitos de lavado, de la CICAD (Comisión Interamericana contra el Abuso de Drogas), dispone que cometen delito penal las personas que lavan bienes de origen delictivo “a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional” de que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito u otros delitos graves³.

1 El presente artículo es un extracto de la Actividad Formativa Equivalente a Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, mención Derecho Penal, de la Universidad de Chile, IV versión, 2010-2011. La Actividad Formativa Equivalente a Tesis fue elaborada con la tutoría del profesor Sr. Felipe Abbott Matus, y fue defendida y aprobada con fecha 16 de enero de 2014, ante una comisión presidida por el profesor Sr. Juan Pablo Mañalich Raffo y compuesta por los profesores Sr. Osvaldo Artaza Varela y Sr. Felipe Abbott Matus.

2 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

3 Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N°19.913, p. 203 [en línea]. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=219119&buscar=19.913> [fecha de consulta: 23 de agosto de 2013].

Agrega el diputado Burgos: “para decir las cosas en forma íntegra, afortunadamente en la nueva legislación propuesta, aprobada por ambas Cámaras, se establece una conducta culposa. Es decir, no sólo es autor, cómplice o encubridor del delito de lavado de dinero quien, a sabiendas, conoce el origen del dinero, sino también aquel que por negligencia inexcusable declara desconocer su origen. En consecuencia, se tipifica, en el techo, una conducta dolosa cuya sanción fluctúa entre cinco y quince años, y en el piso, una conducta culposa de menor penalidad, pero que no es un cuasidelito, sino un delito, porque se le da connotación delictual⁴.

Estructura del tipo penal

Artículo 27 inciso 4°:

Si el autor de alguna de las conductas descritas en la letra a) no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable, la pena señalada en el inciso primero será rebajada en dos grados.

El artículo 27 letra a) de la Ley 19.913 establece:

“Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales:

a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N°18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N°17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley N°18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N°3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos; en los Párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V del Libro II del Código Penal y, en los artículos 141, 142, 366 quáter, 367, 411 bis, 411 ter, 411 quáter y 411 quinquies del Código Penal; o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes.”

a. Tipo objetivo

CONDUCTA: FIGURA DE OCULTAMIENTO

Mediante la letra a) del artículo en comento, se sanciona a “el que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos

4 Ibid., p. 388.

constitutivos de alguno de los delitos (...); o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes”⁵.

Esta figura de ocultamiento implica, en palabras de Pramps, que “el blanqueo de capitales, como fenómeno, es un proceso, (...) tiene por objeto destruir las pistas o indicios que conducen a la fuente generadora de los bienes, esto es, al delito previo”⁶.

Del artículo 27 letra a) se desprende que el ocultamiento o disimulación pueden referirse tanto al del origen ilícito de los bienes, como a los bienes en sí mismos.

Por otra parte, el ocultamiento o disimulación pueden presentarse “de cualquier forma”.

SUJETO ACTIVO

Cualquier persona. Se trata de un delito común. La cuestión respecto a la autoría en materia de lavado culposo no ha sido pacífica en doctrina, ni lo fue al momento de discutirse la incorporación de esta figura.

Parte de la doctrina argumenta que el tipo penal culposo sólo puede ser aplicable a quienes son sujetos obligados en virtud del artículo 3° de la Ley 19.913⁷. Sin embargo, en el último apartado de este artículo, luego de haber

5 Actualmente la única hipótesis que puede cometerse con negligencia inexcusable es la del artículo 27 letra a). Sin embargo, se encuentra en Segundo Trámite Constitucional en el Senado, en el boletín N°4426-07, “Autoriza levantamiento de secreto bancario en investigaciones de lavado de activos”, que entre otras modificaciones, propone ampliar la posibilidad de cometer el delito de lavado de dinero con negligencia inexcusable, a la hipótesis de “contacto” contemplada en el artículo 27 letra b). Al respecto, en la discusión parlamentaria que se sostuvo en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, el Diputado Burgos señaló que “este inciso se ocupa de la figura culposa del delito de lavado de activos, indicando que si el autor no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable, la pena se rebajará en dos grados. La propuesta del Ejecutivo no haría otra cosa más que ampliar el tipo culposo del delito descrito en la letra a) también al descrito en la letra b)”. La modificación se aprobó sin debate, por unanimidad. La discusión también da cuenta que el profesor Juan Domingo Acosta se refirió a aspectos formales de la modificación propuesta y agregó que “con ello se resuelve el dilema de la sanción aplicable al lavado de activos cometido con dolo eventual y no directo, pues por esta vía quedaría sancionado de igual forma. Puntualizó que esta norma precisa que las formas negligentes ameritan una sanción menos gravosa”. Biblioteca del Congreso Nacional. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que autoriza levantamiento de secreto bancario en investigaciones de lavado de activos. [en línea] <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>> [consulta 06 de agosto de 2013], p. 31.

6 PRAMBS JULIÁN, Claudio. *El delito de blanqueo de capitales en el derecho chileno con referencia al derecho comparado*. Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2005, págs. 76 y 77.

7 Artículo 3°.- Las personas naturales y las personas jurídicas que se señalan a continuación, estarán obligadas a informar sobre los actos, transacciones u operaciones

revisado por una parte el concepto de negligencia inexcusable, y, por otra, su aplicación al delito de lavado de dinero, analizaré la posibilidad de aplicar esta figura a tanto a sujetos obligados como no obligados.

OBJETO MATERIAL

El tipo penal se refiere a bienes. Se entiende por bienes los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos.

b. Tipo subjetivo

El autor de la conducta descrita en la letra a) del artículo 27, es decir, quien oculta o disimula el origen ilícito de los bienes o los bienes en sí mismos, no ha conocido dicho origen por negligencia inexcusable.

Cabe señalar, a pesar de la claridad del tipo penal, que la negligencia inexcusable está referida exclusivamente al desconocimiento del origen ilícito de los bienes, y no de las conductas calificadas como aptas para ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o los bienes en sí mismos.

2. Concepto de negligencia inexcusable

Debo hacer presente que en los párrafos siguientes se hablará la mayor parte del tiempo de “imprudencia”, a pesar que el concepto a analizar, utilizado por la Ley 19.913 es el de “negligencia”. Lo anterior, en el entendido de que

sospechosas que adviertan en el ejercicio de sus actividades: los bancos e instituciones financieras; empresas de factoraje; empresas de arrendamiento financiero; las empresas de securitización; las administradoras generales de fondos y las administradoras de fondos de inversión; el Comité de Inversiones Extranjeras; las casas de cambio y otras entidades que estén facultadas para recibir moneda extranjera; las emisoras y operadoras de tarjetas de crédito; las empresas de transferencia y transporte de valores y dinero; las bolsas de comercio; los corredores de bolsa; los agentes de valores; las compañías de seguros; los administradores de fondos mutuos; los operadores de mercados de futuro y de opciones; las sociedades administradoras y los usuarios de zonas francas; los casinos, salas de juego e hipódromos; los titulares de permisos de operación de juegos de azar en naves mercantes mayores, con capacidad de pernoctación a bordo, y que tengan entre sus funciones el transporte de pasajeros con fines turísticos; los agentes de aduana; las casas de remate y martillo; los corredores de propiedades y las empresas dedicadas a la gestión inmobiliaria; los notarios; los conservadores las administradoras de fondos de pensiones, y las sociedades anónimas deportivas profesionales, regidas por la ley N°20.019. Ley 19.913 crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de Lavado y Blanqueo de Activos. Publicación en Diario Oficial 18 de diciembre de 2003.

ambos conceptos son sinónimos o no presentan mayores diferencias, por lo menos para realizar el análisis a nivel de concepto⁸.

En ese sentido, en Chile, Cury considera que no existen diferencias conceptuales entre la imprudencia y la negligencia⁹, mientras que Garrido Montt considera que imprudencia y negligencia no son conceptos diferentes, sino expresiones distintas que aluden a situaciones análogas¹⁰.

Por otra parte, y teniendo en consideración lo anterior, haré referencia a la “imprudencia temeraria” del derecho comparado, como sinónimo de la “negligencia inexcusable”. En ese sentido, Politoff, Matus y Ramírez al referirse a los delitos culposos especialmente penados afirman que no parece haber problema en asimilar la exigencia de la culpa grave de la imprudencia temeraria a los supuestos en que la ley emplea expresiones como “negligencia inexcusable” u otras similares¹¹.

Realizadas las aclaraciones anteriores, considero relevante realizar una breve aproximación a la evolución del concepto de imprudencia en la dogmática. Al respecto, Corcoy resume de manera bastante simple las etapas por las que ha atravesado la noción de imprudencia, su naturaleza y elementos. Señala que en un primer momento la imprudencia fue vista como un vicio de la inteligencia, vicio de la voluntad o culpa de carácter, desde la perspectiva de la concepción psicológica de la culpabilidad. En ese mismo contexto se desarrolla el concepto de culpa como error, el que para algunos posee un significado subjetivo, y para otros implica un error en la realización de la conducta. Final-

8 A favor de esta interpretación, Zaffaroni, refiriéndose a la sistemática del Código Penal Argentino, señala que no hay una definición de culpa en la parte general del Código Penal y su construcción debe basarse en las disposiciones de la parte especial. Afirma que “aunque aparentemente enuncia como formas la imprudencia, la negligencia y la impericia, se trata de las formas clásicas del derecho romano (Lex Aquilea del Digesto y en las Institutas, De obligationibus quae ex quasi delicto nascuntur) que en rigor pueden reconducirse a las dos primeras, sosteniendo algunos autores que ambas son también reconducibles recíprocamente y optando, no sin cierta arbitrariedad, por una u otra como denominación genérica. Las preferencias denominativas responden a tradiciones: se adopta culpa en la literatura italiana (colpa) y negligencia e imprudencia como traducción de la Fahrlässigkeit alemana, aunque parece más exacta la primera. Dado que la cuestión terminológica no es determinante, se emplean aquí como sinónimos culpa, negligencia e imprudencia. En ZAFFARONI, Eugenio. *Derecho Penal Parte General*. 2ª ed., Ediar S.A. Editora, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 550.

9 CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed., Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 345.

10 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. Nociones fundamentales de la teoría del delito. 4ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 226.

11 POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre. RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 293.

mente, entre las concepciones subjetivas, la imprudencia aparece vinculada a la previsibilidad. Posteriormente, al no poder comprender la imprudencia dentro de la concepción psicológica de la culpabilidad, se da paso a la concepción normativa de la culpabilidad. El elemento normativo pasa a ser la infracción de la norma de cuidado. El deber objetivo de cuidado se determinaba en principio de forma subjetiva, y luego de manera objetiva-subjetiva. Posteriormente, la doctrina mayoritaria sitúa la infracción del deber de cuidado como un elemento del tipo¹².

En Chile, Politoff, Matus y Ramírez, señalan que actualmente entendemos que actúa con culpa quien debiendo evitar un resultado previsible y evitable, no lo prevé, o previéndolo, no lo evita, pudiendo hacerlo¹³. Respecto al grado de imprudencia o negligencia, refiriéndose al tratamiento general, señalan que la imprudencia temeraria, prevista en el artículo 490 “es aquella cuya intensidad es mayor que la de la simple imprudencia, pero no alcanza a un dolo eventual, por lo que Labatut la hace sinónima de “imprevisión inexcusable” y que podría asimilarse a la culpa lata o grave del Código Civil¹⁴.

Garrido Montt, por su parte, señala que el contenido del injusto en el delito culposo está en la disconformidad del cuidado esperado por el ordenamiento jurídico en relación a la ejecución de una actividad peligrosa y el realmente empleado al llevarlo a cabo. La substancia del hecho culposo es no emplear el cuidado debido en el cumplimiento del deber o en la realización de una acción creadora de riesgos¹⁵. Para él la imprudencia o falta de cuidado no es una cuestión psicológica, sino normativa, y añade que imprudencia y negligencia no son conceptos diferentes, a pesar que muchas veces se asocia la imprudencia con una acción y la negligencia con una omisión, para la doctrina mayoritaria ambas son expresiones distintas que aluden a situaciones análogas¹⁶.

Respecto al nivel de la imprudencia o negligencia, Garrido Montt, al igual que Politoff, Matus y Ramírez, considera que el Código Penal contempla distintos grados de intensidad de la infracción al deber de cuidado, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 490, 491 y 492 del Código Penal.

12 CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Maestros del Derecho Penal N°19. Editorial B de F Montevideo, Uruguay, Buenos Aires, Argentina, 2005, págs. 196 y sgtes.

13 POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, ob. cit., p. 282.

14 SEGOVIA ARANCIBIA, Antonio. Absolución por el delito de lavado de dinero culposo: contenido y límites del concepto de “negligencia inexcusable”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°39, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2009, págs. 214 y sgtes.

15 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 210.

16 *Ibid.*, p. 226.

La imprudencia temeraria sería el grado de mayor intensidad de culpa susceptible de sanción. Consiste en la omisión de aquel cuidado que puede exigirse a las personas menos diligentes al realizar una actividad creadora de riesgos, o en la inobservancia de la diligencia más elemental, equiparable este concepto al de culpa lata que utiliza el Código Civil. La mera imprudencia o negligencia se identificaría con la falta de cuidado que el hombre medio emplea en la actividad que desarrolla, correspondería en otros términos a actividades creadoras de riesgos que exigen de quien las realiza mayor acuciosidad. Este tipo de culpa sería equiparable a la llamada culpa leve. Finalmente la mera imprudencia o negligencia con infracción del reglamento es igual en intensidad a la mera imprudencia, pero concurre además la infracción de una norma reglamentaria¹⁷.

3. Aplicación del concepto de negligencia inexcusable al delito de lavado de dinero

A continuación se realiza una revisión de la aplicación del concepto de negligencia inexcusable, en el ámbito exclusivo del delito de lavado de dinero, desde la perspectiva doctrinaria y jurisprudencial.

A nivel doctrinario, Juana del Carpio explica que en España, tras la modificación del Código Penal, el artículo 301 N°3 prevé la hipótesis de blanqueo de bienes cometido con imprudencia grave. Respecto al ámbito de aplicación del concepto, señala que las modalidades de blanqueo que admiten incriminación imprudente son las contempladas en el artículo 301 N°2, es decir, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o derechos sobre bienes que tienen su origen en un delito grave. Añade que se trata de un delito común, ya que el tipo no exige ninguna cualidad, pero excluye a quienes han cometido el delito base, ya que –evidentemente– ellos conocen con certeza el origen de los bienes. Respecto a la gravedad de la imprudencia, señala que para medirla habrá que tener en cuenta la capacidad del sujeto, el rol específico que cumple así como sus conocimientos especiales¹⁸.

Por su parte, Eduardo Fabián Caparrós señala que el legislador español no busca ceñir el ámbito de la imprudencia punible al conocimiento de los bienes, sino que también lo extiende a las conductas de blanqueo. Sin embargo, la técnica legislativa es criticada por el mismo autor, quien además considera que en la práctica es improbable que concorra negligencia inexcusable respecto de un acto de ocultamiento o disimulación. Luego, considera que la propia fenomenología limita el ámbito de la negligencia al conocimiento

17 Ibid., págs. 223-224.

18 DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanch, 1997, págs. 329 y sgtes.

de la procedencia ilícita del objeto material, los bienes. Respecto al grado de negligencia, señala que ésta debe ser grave, por lo que entiende que no basta cualquier falta de atención para cometer el delito, sino que es necesario actuar conforme a la omisión de la diligencia más elemental exigible al hombre menos cuidadoso, diligente y atento¹⁹.

Blanco Cordero, al referirse a la realización del delito de lavado de activos por imprudencia, señala que la normativa internacional recomienda sancionar a las personas que comenten el delito con “ignorancia intencional” o “ignorancia deliberada”²⁰. Analiza el problema de la ignorancia deliberada en el derecho penal español, señalando que el concepto “ignorancia intencional” es desconocido en el derecho español, ya que procede de Estados Unidos, donde se elaboró el concepto de “willful blindness”, que puede traducirse como “ceguera deliberada”, aunque usualmente se emplean expresiones como “ignorancia deliberada” o “ignorancia intencional”.

En cuanto a la normativa internacional existente en la materia, y que reconoce la posibilidad de sancionar el lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable, Blanco hace referencia al artículo 2° del Reglamento Modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves, afirmando que el tipo penal da cabida a la “ignorancia intencional” desde que se señala que el delito puede cometerse “a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional de que tales bienes son producto de tráfico de drogas u otro delito grave”. Afirma que en estos casos, un sujeto está obligado a conocer el origen de los bienes, o, por lo menos, a sospechar de la legalidad de la procedencia de los mismos, y pese a todo, actúa sobre tales bienes²¹.

Blanco hace referencia además a la recomendación N°6 del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), la que establece que “debe promoverse la penalización de aquellas actividades en las que el lavador podría haber conocido el origen delictivo de los fondos blanqueados”; al artículo 1.1.1 de la Ley Modelo del Programa Mundial contra el blanqueo de dinero (PNUFID), que establece que el autor “debería haber sabido” que los bienes constituyen efectos de un delito; y al artículo 6.3.a) del Convenio del Consejo de Europa o Convenio de Estrasburgo, que dispone que “cada parte podrá adoptar las medidas que considere necesarias para tipificar también como delitos en vir-

19 FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Madrid, España, Editorial Colex, 1998, págs. 420 y 421.

20 BLANCO CORDERO, Isidoro. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, p. 195 [en línea]. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/pubs/Combate_Lavado_3ed.pdf [fecha de consulta: 25 de julio de 2013].

21 BLANCO CORDERO, FABIÁN CAPARRÓS, ZARAGOZA AGUADO, ob. cit., págs. 195 y sgtes.

tud de su legislación nacional las acciones cometidas por el autor en los casos que éste “debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito”.

Desde la perspectiva de Abel Souto el artículo 6.3 letra a) del Convenio de Estrasburgo sugiere la incriminación de conductas negligentes. Pero no se trata de punir comportamientos asociados a las conductas de ocultamiento o disimulación o a las de contacto: únicamente se tiene en consideración la falta de cuidado si versa sobre el origen de los bienes, esto es, cuando se desconoce por imprudencia que el objeto sobre el que recae la conducta, constituye el provecho económico derivado de un delito²², modalidad que ha acogido, como ya se señaló, el legislador al tipificar la figura de lavado de dinero del artículo 27 inciso 4° de la Ley 19.913.

Para CICAD, la estructura del tipo culposo cumple con la tarea de precisar las condiciones bajo las cuales se considera que en la ejecución de una acción se ha omitido colocar la medida de dirección final de que el hombre medio es capaz, a causa de lo cual debe considerársele injusta. Añade que “como es posible de imaginar, resulta insensato procurar describir estas situaciones, por lo que se han buscado soluciones para su tipificación construyendo tipos amplios, esto es, introduciendo en la descripción general en los que la culpa es aludida elementos o fórmulas normativas, a través de expresiones como “negligencia”, “ignorancia inexcusable”, “descuido”, “que deba conocer”, “descuido culpable”, o como el Reglamento Modelo de la CICAD señala, “debiendo saber”²³. De acuerdo con CICAD, ambas expresiones –debiendo saber y habría debido saber– permiten al juez decidir si el procesado debía saber o no, de acuerdo a las obligaciones que tenía, lo cual, según el Reglamento Modelo (CICAD), deberá ser apreciado según las “circunstancias objetivas del caso”²⁴.

En Chile, muy pocos autores se han referido a este tema. Prambs al referirse al tipo penal de lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable señala que “el tipo se refiere a no conocer el origen de los bienes por negligencia inexcusable. De ello concluimos, por abstracción, que el legislador está imponiendo una norma penal que nos obliga a verificar el origen de los bienes, bajo amenaza de sanción. Pero no nos dice cuáles son las conductas concretas que debe emprender el sujeto para conocer dicha procedencia ni dónde están las normas que nos indiquen cómo conocer el origen, a las que debemos recurrir para que no se nos reproche negligencia inexcusable. Dicho de otra forma, no

22 ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Tesis de Doctorado. Director Dr. José Manuel Lorenzo Salgado. Facultad de Derecho, Universidad de Santiago de Compostela. 2001, p. 160.

23 Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana para el control y el abuso de drogas. CICAD. *Manual de apoyo para la tipificación del delito de lavado*. Washington, p. 8.

24 *Ibid.*, p. 28.

nos señala dónde están las normas que delimiten el riesgo permitido en esta materia, dentro del cual debemos mantenernos para no incurrir en infracción penal²⁵”.

Por su parte, Martorell²⁶ afirma que “la negligencia inexcusable en que se sustenta el tipo no se refiere a una acción u omisión ejecutada por el autor, donde los conceptos antes señalados puedan exigirse, sino a un conocimiento, o, mejor dicho, a una falta de conocimiento debido”. Señala además que, al ser el conocimiento del origen ilícito de los bienes sólo una parte del tipo penal, que debe cometerse con negligencia inexcusable, el resto de las conductas –los actos de ocultamiento o disimulación– deben necesariamente ejecutarse con dolo.

A nivel jurisprudencial, a continuación algunos de los argumentos más relevantes que se han considerado en la jurisprudencia española, tanto para condenar como para absolver en materia de lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable o imprudencia temeraria, de acuerdo al artículo 301 N°3 del Código Penal Español.

La STS N°5288/2005²⁷ del Tribunal Supremo Español señala que “el blanqueo por imprudencia no deja de presentar dificultades dogmáticas, por cuanto el blanqueo de capitales es delito esencialmente doloso que incorpora incluso el elemento subjetivo del injusto consistente en conocer la ilícita procedencia de los bienes y la intención de coadyuvar a su ocultación o transformación, y porque la distinción entre culpa grave, en este caso punible, y leve, no punible, participa de la crítica general a la distinción por su “ambigüedad e inespecificidad” y por contradecir el criterio de “taxatividad” de los tipos penales. A pesar de ello, recuerda la doctrina que el principio de legalidad, evidentemente, obliga a considerar la comisión imprudente del delito”.

Respecto al autor del delito, continúa señalando que “la L.1/1993 (y su reglamento de 1995) previó el incumplimiento de obligaciones específicas exigibles a determinados profesionales. En estos casos el blanqueo por imprudencia reviste el carácter de delito especial, que sólo pueden cometer los destinatarios de los deberes que impone la normativa administrativa (...) El CP, en cambio, se extiende a los que procedan de cualquier delito”.

25 PRAMBS JULIÁN, ob. cit., págs. 502 y sgtes.

26 MARTORELL CORREA, Daniel. Comentarios sobre la Ley N°19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y sanciona el Blanqueo de Activos. *CDE, Revista de Derecho*, p. 14 [en línea]. Disponible en: www.cde.cl [fecha de consulta: 18 de enero de 2013].

27 Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. STS 5288/2005. Número de Resolución 1034/2005, de fecha 14 de septiembre de 2005. [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=1194992&links=%221043/2004%22&optimize=20051006&publicinterface=true> [fecha de consulta: 25 de julio de 2013].

En relación al grado de imprudencia exigida, señala la sentencia que “se exige que sea grave, es decir, temeraria. Así en el tipo subjetivo se sustituye el elemento intelectual del conocimiento, por el subjetivo de la imprudencia grave, imprudencia, que por ello recae precisamente sobre aquél elemento intelectual. En este tipo no es exigible que el sujeto sepa la procedencia de los bienes, sino que por las circunstancias del caso esté en condiciones de conocerlas sólo con observar las cautelas propias de su actividad, y sin embargo haya actuado al margen de tales cautelas, inobservando los deberes de cuidado que le eran exigibles y los que incluso, en ciertas formas de actuación, le imponían normativamente averiguar la procedencia de los bienes o abstenerse de operar sobre ellos, cuando su procedencia no estuviere claramente establecida (...) A pesar de las divergencias existentes al respecto en doctrina, puede concluirse que el supuesto previsto en el art. 301.3 CP es un delito común, de manera que puede ser cometido por cualquier ciudadano, en la medida en que actúe con falta de cuidado socialmente exigible para evitar daño al bien jurídico protegido”.

Destaca que el acusado, quien finalmente es condenado, “era consciente de que algo anómalo, irregular y dudoso existía en las operaciones que efectuaba; no obstante lo cual las realizó, con significativa dejación de cuidado y determinante abandono de las precauciones del caso”. En efecto, el condenado tenía una cuenta corriente que había mantenido una operativa normal, con pequeños ingresos durante un período determinado de tiempo. Sin embargo, en cuatro días diferentes, se presentó en una sucursal del banco junto a otro de los acusados, y realizó cuatro imposiciones en efectivo en su cuenta, para luego ordenar tres transferencias a Florida, Panamá y Miami. Se determinó que las operaciones tenían por objeto transferir dinero procedente del tráfico de drogas. El Tribunal de instancia estimó que el acusado a) pudo conocer ese origen; b) pudo evitar llevar a cabo la actividad de ocultación; c) debió conocer el origen; d) debió evitar tal actividad. Y que esos deberes, aunque no derivados de la Ley de Blanqueo de Capitales, ni de sus disposiciones reglamentarias, vienen impuestos por la exigencia de evitar los riesgos para la salud pública que encierra el favorecimiento del negocio consistente en el tráfico de estupefacientes”.

El razonamiento que se esgrime en esta sentencia es frecuentemente invocado por jurisprudencia del Tribunal Supremo Español²⁸.

28 Así por ejemplo: Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. STS 6825/2009. Número de Resolución 1025/2009, de fecha 22 de octubre de 2009; Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. STS 7288/2008. Número de Resolución 960/2008, de fecha 26 de diciembre de 2008; Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. STS 4330/2011. Número de Resolución 522/2011, de fecha 1 de junio de 2011; Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. STS 7441/2011. Número de Resolución 1137/2011, de fecha 2 de noviembre de 2011; Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. STS 130/2009. Número de Resolución 16/2009 de fecha 27 de enero de 2009.

En lo personal, coincido con el razonamiento del tribunal, salvo en cuanto afirma que los riesgos que debe evitar el autor son aquellos para la salud pública, pues la salud pública es el bien jurídico protegido por el delito base, pero no por el delito de lavado de dinero; creo más acertado afirmar que el riesgo que debe evitar el sujeto al observar el deber de cuidado, es aquel que pone en peligro la administración de justicia, bien jurídico tutelado por el tipo penal de lavado de dinero, de acuerdo a la doctrina mayoritaria²⁹.

Destacable también resulta el razonamiento de la STS 7441/2011³⁰. La resolución exige que concurra imprudencia grave, describiéndola en los mismos términos de la STS 5288/2005. Pero además deja en claro que la imprudencia debe recaer sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes y no sobre la forma en que se ejecuta el hecho. Señala que el autor “debiendo y pudiendo conocer la procedencia delictiva de los bienes, actúe sobre ellos, adoptando una conducta de las que describe el tipo y causando así objetivamente la ocultación de la procedencia de tales bienes (su blanqueo) con un beneficio auxiliador para los autores del delito de que aquellos procedan”.

Respecto al autor del delito la sentencia afirma que “aunque pudiera entenderse que solamente son posibles autores de este delito las personas obligadas a acciones de cautela por una expresa previsión normativa, la jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente por suprimir esa restricción del sujeto activo (...) lo que implica la constatación de la exigible observancia de un deber de cuidado en relación a la actividad desarrollada”.

Respecto a la conducta en concreto desarrollada por el autor en este caso, señala el Tribunal que “la conducta consistente en adquirir un vehículo para de forma inmediata entregarlo a un tercero para que proceda a su utilización exclusiva resulta intrínsecamente sospechosa respecto de la voluntad de ocultar la identidad del propietario real, y no se ha aportado por el recurrente ninguna razón para justificarla. Si Carlos Manuel solicitó al recurrente que figurara como titular del vehículo que adquiriría el primero, si entre ambos no existía ninguna relación que explicara tal decisión y si, además, no le constaba al recurrente el desarrollo de una profesión o actividad lícita y remunerada por parte de Carlos Manuel, era claro el riesgo de contribuir a una operación de blanqueo de capitales mediante la ocultación de la identidad del propie-

29 PRAMBS JULIÁN, ob. cit., p. 65.

De forma minoritaria, parte de la doctrina ha señalado que el bien jurídico protegido es el orden público económico, la seguridad del Estado o el bien jurídico protegido por el delito base.

30 Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. STS 7441/2011. Número de Resolución 1137/2011, de fecha 2 de noviembre de 2011 [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6196597&links=blanqueo%20de%20capitales%20Y%20imprudencia&optimize=20111128&publicinterface=true> [fecha de consulta: 25 de julio de 2013].

tario del bien adquirido, por lo que la aceptación de la operación, sin realizar actuación alguna de verificación de su legalidad, al menos en el campo de lo mínimamente exigible a cualquiera, es constitutiva de imprudencia, que debe ser considerada grave al haberse omitido cualquier clase de cautela”.

Otra resolución que grafica el actuar imprudente es el ATS 5543/2009³¹. Para el Tribunal resulta obvio que “cualquier persona con un nivel intelectual medio es sabedora, sin necesidad de especiales conocimientos técnicos y/o especial formación académica, de que para realizar una transferencia no es preciso valerse de la cuenta corriente de un tercero, lo que hubo de despertar sus sospechas”.

Por su parte, la STS N°6825/2009³² del Tribunal Supremo Español absuelve a un acusado por lavado de dinero cometido con imprudencia temeraria, quien actuó como testaferro al permitir que se inscribiera un automóvil a su nombre, vehículo adquirido con dinero proveniente del tráfico ilícito de estupefacientes. Estima el Tribunal que en este caso el acusado no incurre en imprudencia grave al omitir cautelas exigibles, toda vez que tenía a su nombre otros vehículos, que eran utilizados por otras personas de modo habitual, explicando que actuaba como avalista, “facilitando la adquisición mediante financiación a personas que les era negada esa posibilidad por las financieras, y asegurándose contra el posible perjuicio por impago manteniendo entre tanto el vehículo a su nombre. Respecto de esas otras personas nada se dice en la sentencia acerca de que se dedicaran a actividades ilícitas (...) Admitida la posibilidad de que esas fueran las actividades, o parte de ellas, a las que se dedicaba el recurrente, no puede calificarse como imprudencia grave el que, al llevarlas a cabo, omitiera una comprobación objetivamente eficaz, acerca de la licitud de las actividades de las personas con las que se relacionaba. Precisamente porque era el carácter irregular de las mismas lo que les hacía acudir al recurrente”.

En Chile, hasta la fecha se cuenta con seis sentencias que se han pronunciado en torno a la figura culposa de lavado de dinero³³. Cuatro de ellas son

31 Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. ATS 5543/2009, Número de Resolución 790/2009 de fecha 16 de abril de 2009 [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4566948&links=blanqueo%20de%20capitales%20Y%20imprudencia&optimize=20090521&publicinterface=true> [fecha de consulta: 25 de julio de 2013].

32 Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. STS 6825/2009. Número de Resolución 1025/2009, de fecha 22 de octubre de 2009 [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4970748&links=%22578/2009%22&optimize=20091126&publicinterface=true> [fecha de consulta: 25 de julio de 2013].

33 Juzgado de Garantía de Arica, 28 de agosto de 2007, RUC 0500227442-8, RIT 3849-2005, de fecha; Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, 10 de febrero de 2009, RUC 0600867745-8, RIT 6317-2007; Juzgado de Garantía de Los Andes, 5 de mayo de 2011,

condenatorias, en tanto dos son absolutorias. Todas estas sentencias tienen en común el haber sido dictadas respecto de sujetos no obligados en virtud del artículo 3° de la Ley 19.913. Cabe señalar que ninguna de las sentencias condenatorias ha hecho referencia al concepto de negligencia inexcusable.

Una de las sentencias absolutorias³⁴ sí realiza un análisis profundo de lo que el tribunal ha entendido por negligencia inexcusable. A continuación se revisa el razonamiento del tribunal³⁵.

En este caso, el dinero de origen ilícito provenía del delito de malversación de caudales públicos, cometido por F.G.F. Respecto al delito de lavado de dinero se sostuvo que la acusada M.G.F., hermana de la principal acusada, le facilitó su cuenta corriente para que en ella fueran depositados los dineros que le reembolsaban a F.G.F. los acusados H.E.C. y G.A.S. Parte de los dineros depositados en su cuenta corriente fueron utilizados para que uno de sus hermanos adquiriera un camión. M.G.F. fue absuelta por el tribunal de la acusación de ser autora del delito de lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable, ya que el tribunal entendió que la acusada "... había actuado en estos hechos con la diligencia esperada dentro del contexto de sus relaciones familiares". Los jueces señalaron que, con la creación del tipo especial de lavado de dinero culposo, el legislador había impuesto un deber de cuidado general cuyo objetivo habría sido impedir que los ciudadanos o las estructuras económicas fueran utilizados para el ocultamiento o disimulación de bienes de origen ilícito, agregando que el propio legislador señaló que la conducta culposa punible es la negligencia inexcusable.

El tribunal agrega que es su labor el fijar los parámetros que den contenido a la expresión "negligencia inexcusable", ya que el legislador no ha definido la expresión utilizada, como pasaría por lo demás en el común de los delitos culposos. Con ello en mente, el Tribunal Oral en lo Penal estimó que la voz "negligencia inexcusable" era equivalente a aquella conducta que el Código Penal define como "imprudencia temeraria", la cual consistiría en "un descuido mayor, un actuar sin miramientos de los riesgos que se generan con la propia actividad, sin tomar las mínimas precauciones que la vida en sociedad aconsejan".

El contexto normativo utilizado por los jueces permitió que éstos estimaran que en la conducta desplegada por la acusada M.G.F. había cumplido con

RUC 1000269686-5, RIT 1113-2010; Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, 30 de abril de 2009, RUC 0600867745-8, RIT 6317-2007; Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 2 de diciembre de 2012, RUC 0800607889-4, RIT 153-2012; Tribunal Oral en lo Penal de Linares, 2 de agosto de 2013, RUC 1000359996-0, RIT 45-2013.

34 Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, 30 de abril de 2009, RUC 0600867745-8, RIT 6317-2007.

35 Análisis efectuado en SEGOVIA ARANCIBIA, ob. cit., págs. 216 y sgtes.

estándares de diligencia que no permitían calificarla como negligencia inexcusable. En este sentido, se señala en el fallo que M.G.F. “preguntó el origen de los dineros y recibió explicaciones posibles de su hermana no pareciendo razonable, a la luz de los niveles de negligencia que impone el tipo penal, el que recordemos, exige una diligencia aun por debajo de lo que cualquier persona haría, sancionarla precisamente por haber confiado en las explicaciones de su hermana”.

El tribunal también tuvo presente, para arribar a su conclusión, que la acusada no había facilitado irreflexivamente su cuenta a F.G.F., sino que le había preguntado en variadas ocasiones sobre el origen de los dineros que eran depositados en ella, obteniendo, en opinión de los jueces, respuestas plausibles de ésta, que se relacionaban con las actividades que normalmente ésta realizaba, y no “engaños de los que cualquier persona desconfiaría”. En suma, los jueces estimaron que M.G.F. había actuado con la diligencia esperada y subsecuentemente su conducta no podía calificarse como “inexcusablemente negligente”³⁶.

Lo relevante de esta resolución es que entrega ciertos lineamientos de lo que debe entenderse por negligencia inexcusable. Por otra parte, da cuenta que el tipo penal puede aplicarse a sujetos no obligados por la Ley 19.913. Finalmente, reconoce que en el caso existió un actuar negligente, pero absuelve porque dicha negligencia no fue “inexcusable”, asimilando este nivel de negligencia a la imprudencia temeraria.

4. Contenido y alcance del concepto de negligencia inexcusable en el delito de lavado de dinero

Considero que para delimitar el contenido y alcance de la negligencia inexcusable, es necesario hacer una breve referencia al deber de cuidado y su fuente, para luego poder analizar la conducta del autor.

Respecto a la fuente del deber de cuidado, considero perfectamente aplicable la propuesta de Corcoy para realizar este análisis. De esta forma habrá que distinguir entre la norma de cuidado, el deber o deberes de cuidado y las reglas técnicas.

En este sentido, Corcoy advierte que la norma de cuidado origina un objetivo y concreto deber jurídico, cuya lesión debe evitar el sujeto actuante. Añade que cada tipo imprudente responde a una norma de cuidado que abarca todas las posibles conductas capaces de crear un riesgo no permitido de lesión de un determinado bien jurídico³⁷.

36 Ibid.

37 CORCOY BIDASOLO, ob. cit., p. 67.

La norma de cuidado, en este caso, estará comprendida en el tipo penal de lavado de dinero, previsto en el artículo 27 letra a) de la Ley N°19.913, norma que posee carácter general y que está dirigida a evitar riesgos penalmente relevantes para el bien jurídico protegido³⁸. Evidentemente, al poseer carácter general, esta norma está dirigida a todos los sujetos, sean obligados o no obligados.

Por su parte, el deber de cuidado no es en sí mismo una norma general, sino que sólo determina, en el caso concreto, una de las formas posibles en que se debe realizar la conducta para que sea correcta. El contenido del deber de cuidado exigible al autor está integrado por las reglas técnicas o reglas generales de cuidado.

Finalmente, las reglas técnicas o reglas generales de cuidado son aquellas establecidas para los supuestos en que la experiencia general demuestra que una acción de este tipo lesionará un bien jurídico, y pueden encontrarse en leyes, reglamentos, principios, usos y costumbres, como por ejemplo las normas que rigen el tránsito, reglamentos de higiene y seguridad, principios jurisprudenciales como el principio de confianza, y usos y costumbres como la *lex artis*. Señala Corcoy que la ausencia de reglamentación específica para un determinado supuesto se suple por las reglas de la experiencia general de vida.

Una vez realizada la referencia al deber de cuidado y su fuente, estimo pertinente referirme al sujeto activo de la conducta. Como señalé al inicio de este trabajo, el delito de lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable es un delito común, por lo que cualquier persona puede ser sujeto activo.

A favor de esta interpretación, en derecho comparado, autores como Fabián Caparrós³⁹, Álvarez Pastor⁴⁰ y Aránguez Sánchez⁴¹, coinciden en que el tipo culposo de lavado de dinero puede ser aplicado tanto a sujetos obligados como no obligados. Destaco la opinión de Aránguez, quien señala que al restringir la aplicación del tipo penal sólo a los sujetos obligados se introduce una limitación de responsabilidad que no ha establecido el legislador, y que es difícilmente compatible con el tenor literal del precepto en cuestión. Añade que “no parece de recibo que la no constancia del deber de diligencia en una normativa administrativa pueda desplazar al hecho de que se atenta contra un deber de diligencia basado en las reglas de la lógica y la experiencia”⁴².

38 Ibid.

39 FABIÁN CAPARRÓS, ob. cit., págs. 418 y sgtes.

40 ÁLVAREZ PASTOR, Daniel. EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *La Prevención del Blanqueo de Capitales*. Pamplona, España, Aranzadi Editorial, 1998, p. 289.

41 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2000, p. 284.

42 Ibid.

Por su parte, Álvarez Pastor y Eguidazu Palacios señalan que “la modalidad imprudente de blanqueo de capitales del artículo 301.3 del Código Penal debe ser aplicada a cualquier ciudadano, sea o no intermediario financiero, que incumpla un deber de diligencia propia de su cargo y siempre que tal incumplimiento constituya una imprudencia grave, no cualquier imprudencia”⁴³.

En Chile, el tipo penal tal como quedó consagrado, no realiza distinción alguna, con lo que, aplicando el aforismo “donde la ley no distingue no le corresponde al intérprete distinguir” considero que, más allá de las razones doctrinarias existentes en contra, la figura culposa es amplia y por ende aplicable a cualquier sujeto.

Sin embargo esta afirmación no es compartida por toda la doctrina⁴⁴.

En los párrafos siguientes analizaré la conducta de los sujetos obligados y no obligados como destinatarios de la norma. Para efectos prácticos el análisis se realizará en párrafos separados, evaluando respecto de cada uno de ellos en qué casos podría estarse en presencia de una infracción al deber de cuidado que traiga consigo la comisión del delito de lavado de dinero con negligencia inexcusable.

En relación a los sujetos obligados, la norma de cuidado se encuentra establecida en la Ley 19.913, específicamente en el artículo 27 letra a), mientras que las reglas de cuidado derivan de la propia ley, al regular los deberes generales

43 ÁLVAREZ PASTOR, EGUIDAZU PALACIOS, loc. cit.

44 Así por ejemplo, Fernández señala que “a nuestro juicio debe castigarse exclusivamente la imprudencia profesional. Tenemos que poner en tela de juicio el desmesurado ámbito de aplicación que formalmente abarca el inciso 4° del artículo 19 LBC. Su tipificación debería haber tenido como premisa la existencia de un deber especial de diligencia en el sujeto activo, en otras palabras, una restricción típica explícita. La diligencia debida en la prevención del blanqueo de capitales, dada su extremada complejidad, es sólo exigible a aquellos sujetos que estén derechamente relacionados con los mecanismos, instituciones u organismos que la criminalidad organizada utiliza para aflorar sus beneficios”. FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel. “El tipo imprudente de legalización de capitales: Consideraciones Político Criminales”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*. Volumen 26, N°1, Valparaíso, Chile, Escuela de Derecho pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2005, p. 18.

Manríquez por su parte, argumenta que “los únicos que podrían ser reprochados por negligencia inexcusable en la advertencia del origen luctuoso de los bienes o activos lavados y verse involucrados en la comisión de comportamientos punibles, son aquellos sujetos que tienen el deber de acción contradictoria, o sea, verdaderos garantes del orden público económico y/o de la transparencia del mercado, que serían principalmente aquellos que deben informar las operaciones sospechosas del artículo 3° o que se desenvuelven en los ámbitos de protección señalados en la letra a) primera parte del artículo 19”. En MANRÍQUEZ, ob. cit., p. 17.

de los sujetos obligados y de la normativa que emana de la Unidad de Análisis Financiero, para cada sujeto obligado en particular⁴⁵.

45 Dentro de los deberes generales de los sujetos obligados, están los contemplados en los artículos 2° letra b), 3°, 4° y 5° de la Ley 19.913, ob. cit., establecidos en los siguientes términos:

El artículo 2° establece las atribuciones y funciones de la Unidad de Análisis Financiero, señalando como tal la establecida en la letra b) *solicitar a cualquiera de las personas naturales o jurídicas contempladas en el artículo 3° de esta ley, los antecedentes que con ocasión de la revisión de una operación sospechosa previamente reportada a la Unidad o detectada por ésta en ejercicio de sus atribuciones, resulten necesarios y conducentes para desarrollar o completar el análisis de dicha operación y los que deba recabar de conformidad con la letra g) del presente artículo. Las personas requeridas estarán obligadas a proporcionar la información solicitada, en el término que se les fije.*

El artículo 3°, por otra parte, establece que *las personas naturales y las personas jurídicas que se señalan a continuación, estarán obligadas a informar sobre los actos, transacciones u operaciones sospechosas que adviertan en el ejercicio de sus actividades, para luego enumerarlas.*

El artículo 4° establece que *el deber de informar previsto en el artículo precedente será también exigible a todo aquel que porte o transporte moneda en efectivo o instrumentos negociables al portador, desde y hacia el país, por un monto que exceda los diez mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en otras monedas. En estos casos, la información será recabada directamente por el Servicio Nacional de Aduanas y remitida por éste a la Unidad de Análisis Financiero.*

El artículo 5° establece que *las entidades descritas en el artículo 3° deberán además mantener registros especiales por el plazo mínimo de cinco años, e informar a la Unidad de Análisis Financiero cuando ésta lo requiera, de toda operación en efectivo superior a cuatrocientas cincuenta unidades de fomento o su equivalente en otras monedas.*

Respecto a la normativa emanada de la UAF, debe tenerse en consideración lo previsto en el artículo 3° inciso 3°: *Corresponderá a la Unidad de Análisis Financiero señalar a las entidades a que se refiere este artículo, las situaciones que especialmente habrán de considerarse como indiciarias de operaciones o transacciones sospechosas, en sus respectivos casos.*

Por otra parte, el artículo 2° letra f) establece como atribución de la UAF *impartir instrucciones de aplicación general a las personas enumeradas en los artículos 3°, inciso primero y 4°, inciso primero, para el adecuado cumplimiento de las obligaciones establecidas en el párrafo 2° de este Título, pudiendo en cualquier momento verificar su ejecución.*

A las anteriores atribuciones me parece pertinente agregar la contemplada en la letra e): *Recomendar medidas a los sectores público y privado para prevenir la comisión de los delitos del artículo 27 de esta ley* (para revisar la normativa que emana de la UAF, revisar la página web http://www.uaf.cl/legislacion/norm_sector.aspx).

Como correlato a estos deberes generales emanados de la Ley 19.913 y de la normativa emanada de la UAF en virtud de las atribuciones derivadas de la Ley 19.913, la propia ley en su artículo 19 establece las infracciones y sanciones a los sujetos obligados, en los siguientes términos: Las personas naturales o jurídicas que no cumplan con las obligaciones o deberes contenidos en esta ley, serán sancionadas por el Director de la Unidad, tomando en especial y estricta consideración la capacidad económica del infractor como, asimismo, la gravedad y las consecuencias del hecho u omisión realizada, de acuerdo a las siguientes normas: a) Serán infracciones leves el no dar cumplimiento a las instrucciones impartidas por la Unidad de Análisis Financiero en virtud del artículo 2°, letra f), de esta ley; b) Serán infracciones menos graves las contravenciones a lo dispuesto en los artículos 4° y 5° de esta ley; c) Serán infracciones graves el no dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en los artículos 2°, letra b), y 3° de esta ley.

Ahora bien, en cuanto al contenido y alcance del deber de cuidado establecido por la Ley 19.913, un parámetro sumamente relevante está otorgado por el concepto de “operación sospechosa”. La ley la define de la siguiente forma:

“Se entiende por operación sospechosa, todo acto, operación o transacción que, de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate, resulte inusual o carente de justificación económica o jurídica aparente, sea que se realice en forma aislada o reiterada”.

De acuerdo a la definición otorgada por la ley, el contenido de la operación sospechosa debe determinarse en el ámbito propio de las funciones de cada sujeto obligado, por ejemplo, de acuerdo a las funciones desarrolladas por bancos e instituciones financieras, corredores de bolsa, notarios, casinos, etc.

Siguiendo a Bustos⁴⁶ y Corcoy⁴⁷ una posición individualizadora o que tenga en consideración los poderes del autor, evidentemente tendrá en cuenta que todos estos sujetos poseen –o deben poseer– conocimientos especializados y aptitudes para participar en un ámbito de relación determinado, así como

46 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *El Delito Culposo*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, págs. 38 y sgtes.

Para Bustos el punto de mayor discusión para plantear la falta de cuidado exigido en el ámbito de relación se refiere al sujeto actuante, y concluye que, si debe escogerse entre una posición generalizadora o individualizadora, el tipo culposo debe optar por la segunda, puesto que debe inevitablemente considerar una situación específica, que pasa naturalmente por la especificidad del sujeto actuante. Añade que de no optar por esta vía, se estaría desconociendo la realidad y se estaría construyendo una tipicidad imaginaria o metafórica. De ahí entonces que el concepto de tipicidad obliga a considerar al sujeto activo concreto y no a una abstracción. Agrega que si un sujeto actuante tiene conocimientos especiales, es evidente que éstos deben ser considerados. Pero no se trata de averiguar características estrictamente personales del sujeto, como la inteligencia o la moralidad, sino de establecer cuáles son las aptitudes de ese sujeto para participar en un ámbito de relación determinado. Luego, si en el delito culposo hay elementos subjetivos, también debe existir conocimiento de la acción que se desarrolla y de lo que ella implica. Luego, al referirse al elemento objetivo –normativo intelectual del tipo culposo, señala que será necesario determinar qué riesgos o peligros debieron ser previsibles para la persona conforme a la acción desarrollada de acuerdo a las circunstancias fácticas y personales. Luego, partiendo de la persona concreta en circunstancias concretas y de su actuar determinado se exige por el ordenamiento una previsibilidad precisa por parte del sujeto actuante en relación a un bien jurídico protegido específico. Lo relevante, por tanto, será la capacidad de respuesta del sujeto. Finalmente, agrega que la previsibilidad como elemento normativo necesariamente habrá de determinarse conforme a la teoría de la adecuación, conforme a un juicio ex ante. Posteriormente, al referirse al elemento objetivo normativo conductual, señala que una vez establecidos los riesgos o peligros previsibles, habrá que determinar entonces cuáles medidas de precaución aparecían como exigidas o debían ser implementadas, siendo relevante la prudencia objetiva, es decir, las medidas de precaución objetivamente prudentes, adecuadas, frente a la previsibilidad de los riesgos.

47 CORCOY BIDASOLO, ob. cit., págs. 202 y 203.

también debe existir conocimiento de la acción que se desarrolla y de lo que ella implica.

Si el sujeto obligado se enfrenta a una operación inusual, carente de justificación económica o jurídica aparente, podría advertir que los bienes tienen un origen ilícito, y eventualmente prever la posibilidad de comisión de un delito de lavado de dinero.

Frente a dicha previsibilidad, el elemento normativo conductual indicaría que la medida de precaución objetivamente prudente consistiría en reportar la operación sospechosa a la Unidad de Análisis Financiero y analizar si debe abstenerse o no de ejecutar la operación⁴⁸.

En el caso de los sujetos no obligados, la norma de cuidado se encuentra establecida, al igual que en el caso de los sujetos obligados, en el artículo 27 letra a) de la Ley 19.913. Por su parte, las reglas de cuidado no se encuentran establecidas taxativamente ni en la ley ni en la normativa emanada de la UAF, por lo que las reglas generales de cuidado habrá que buscarlas, como señala Corcoy, en usos y costumbres y en la experiencia general de vida. En estos casos, el juez debe realizar una valoración jurídica con principios propios del derecho penal. La necesidad de valoraciones jurídicas para dar contenido a los tipos imprudentes se acepta por la doctrina mayoritaria, por la imposibilidad de determinar el deber objetivo de cuidado exigible en el caso concreto con

48 Creo que resulta necesario tener presente que el artículo 27 inciso 4° de la Ley 19.913, ob. cit., hace referencia a negligencia inexcusable, concepto que he equiparado al de imprudencia temeraria, utilizado también por el artículo 490 del Código Penal, norma que es aplicable a cualquier sujeto, a diferencia, por ejemplo, del artículo 491. La precisión anterior se hace para evitar pensar que, para el caso de los sujetos obligados, se podría exigir imprudencia por infracción de reglamento, de conformidad al artículo 492. Creo que una interpretación coherente de las normas en cuestión descarta dicha posibilidad, al considerar que el artículo 490 es de aplicación general y el tipo penal de lavado de dinero es un tipo común, que exige una entidad de negligencia superior a la mera imprudencia o negligencia del artículo 492. De esta forma, y avanzando un paso más, el mero incumplimiento de las reglas de cuidado establecidas en la Ley 19.913 y en la normativa emanada de la Unidad de Análisis Financiero no implica automáticamente infracción al deber de cuidado y, a consecuencia de éste, imprudencia. Ello es coherente con lo planteado por parte de la doctrina, entre ellos Roxin, quien estima que no es suficiente la infracción de reglamentos para estar frente a un delito imprudente, sino que además debe existir culpa, aunque la infracción de reglamentos puede dar indicios de la creación del riesgo no permitido. Fontán Balestra, por su parte, estima que la infracción de reglamentos es una “presunción de negligencia”. Lo anteriormente expuesto también es coherente con la institucionalidad vigente, en particular, con el procedimiento administrativo sancionador que la UAF debe aplicar en caso de incumplimiento de los deberes emanados de la Ley 19.913 y de la normativa emanada de la UAF respecto de los sujetos obligados. Además es coherente con el respeto del principio de *ne bis in idem*, en el sentido de no sancionar una misma conducta con un procedimiento penal y uno administrativo.

carácter general⁴⁹. Esto no implica vulnerar el principio de legalidad, ya que la norma de cuidado sí está prevista en el tipo y a éste debe atenerse el juez en su valoración. Tampoco es cierto que un deber de cuidado así concretado sea menos accesible al ciudadano, ya que éste puede percibir mejor cuál es el deber de cuidado en cada caso, que conocer un reglamento determinado⁵⁰.

Por lo tanto, para dar contenido al deber de cuidado de los sujetos no obligados, el juez deberá realizar una valoración jurídica, interpretando la norma penal. Creo que en este caso, uno de los elementos o criterios interpretativos que el juez puede utilizar es la interpretación analógica⁵¹. En el caso de los sujetos no obligados, por tanto, puede aplicarse a su respecto el concepto de operación sospechosa utilizado por la propia Ley 19.913 respecto a los sujetos obligados, pero sólo para delimitar –en ningún caso para ampliar– las situaciones en que éste puede actuar con negligencia inexcusable. El juez por lo tanto debiera analizar el actuar del sujeto frente a una operación que debiera llamar la atención del sujeto, por ser inusual, o por carecer de justificación económica o jurídica aparente. Lo anterior no significa que todo ciudadano deba transformarse en un sujeto obligado y reportar operaciones sospechosas a la Unidad de Análisis Financiero, sino sólo delimitar el ámbito en que su actuar revista carácter negligente. La delimitación de lo sospechoso tendrá carácter objetivo, al igual que para un sujeto obligado, por lo inusual o por la carencia de justificación económica o jurídica aparente de una operación determinada. A partir de ahí, el sujeto debiera preguntarse acerca de la legalidad o ilegalidad del origen de los bienes con los que está operando.

Así por ejemplo, en el caso de un cuentacorrentista, éste debe analizar cuál es el funcionamiento normal de una cuenta corriente, y cuáles son las obligaciones para él, derivadas del contrato de cuenta corriente, para luego advertir y cuestionar, por ejemplo, lo inusual de su uso por un tercero y los riesgos asociados a esta conducta. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español anteriormente revisada, puede afirmarse, por ejemplo, que “cualquier persona con un nivel intelectual medio es sabedora, sin necesidad de especiales conocimientos técnicos y/o especial formación académica, de que para realizar una transferencia no es preciso valerse de la cuenta corriente de un

49 CORCOY BIDASOLO, ob. cit., p. 95.

50 *Ibid.*, p. 96.

51 Matus entiende que, en el contexto de una interpretación liberalizadora del derecho penal, de carácter garantista y respetuosa de los derechos de los hombres, sólo son admisibles la analogía y la interpretación analógica *in bonam partem*, y acepta que esta última sea usada para determinar otros casos a los que se refiere el texto legal, pero que no ha podido o no ha querido mencionar, sin que ello importe una extensión del texto interpretado. Matus Acuña, Jean Pierre. *La ley penal y su interpretación*, Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas Congreso, 1994, p. 200.

tercero, lo que hubo de despertar sus sospechas”⁵². Y en el caso de una compraventa, por ejemplo, para un comprador “la conducta consistente en adquirir un vehículo para de forma inmediata entregarlo a un tercero para que proceda a su utilización exclusiva resulta intrínsecamente sospechosa respecto de la voluntad de ocultar la identidad del propietario real (...) si entre ambos no existía ninguna relación que explicara tal decisión y si, además, no le constaba al recurrente el desarrollo de una profesión o actividad lícita y remunerada por parte de Carlos Manuel”⁵³.

Siguiendo nuevamente a Bustos⁵⁴ y Corcoy⁵⁵ una posición individualizadora, que considere los poderes del autor, tendrá en consideración los conocimientos especializados y aptitudes para participar en un ámbito de relación determinado.

Respecto al elemento normativo intelectual, si el sujeto se enfrenta a una operación inusual, carente de justificación económica o jurídica aparente, debe advertir que los bienes pueden tener un origen ilícito, y prever la posibilidad de comisión de un delito de lavado de dinero.

Frente a dicha previsibilidad, el elemento normativo conductual indicaría que la medida de precaución objetivamente prudente consistiría en abstenerse de realizar la operación. En este sentido, Roxin afirma que quien pretende emprender algo que probablemente ponga en peligro bienes jurídicos y no es capaz de hacer frente a los peligros debido a insuficiencias físicas o por falta de práctica o habilidad, debe omitir la conducta⁵⁶.

Respecto al carácter inexcusable, considero que, si el legislador ha utilizado dicha expresión, es porque requiere que la negligencia posea una entidad superior, tal como lo ha hecho en el artículo 490 del Código Penal, al exigir imprudencia temeraria. Ahora bien, equiparar esta expresión a la culpa lata o grave del Código Civil, considerándola como aquella que “plantea un grado máximo de falta de cuidado, propio de personas que no aplican cuidados que

52 Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. ATS 5543/2009, Número de Resolución 790/2009, de fecha 16 de abril de 2009 [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=4566948&links=blanqueo%20de%20capitales%20Y%20imprudencia&optimize=20090521&publicinterface=true> [fecha de consulta: 25 de julio de 2013].

53 Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. STS 7441/2011. Número de Resolución 1137/2011, de fecha 2 de noviembre de 2011 [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6196597&links=blanqueo%20de%20capitales%20Y%20imprudencia&optimize=20111128&publicinterface=true> [fecha de consulta 25 de julio de 2013].

54 BUSTOS RAMÍREZ, loc. cit.

55 CORCOY BIDASOLO, loc. cit.

56 ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Traducción de la 2ª ed., Madrid, España, Editorial Civitas, S.A., 1997, p. 1010.

aún una persona poco prudente aplica en relación a sus propios bienes jurídicos importantes, como la vida y la salud”, me parece discutible, como ya señalé con anterioridad. Coincido con Moreira, quien señala que la comparación de la imprudencia temeraria con la culpa lata del Código Civil tiene utilidad sólo para fines metodológicos, ya que no es correcto afirmar que son equivalentes, porque no parece útil el empleo de términos ajenos al derecho penal que son propios de otra rama del derecho y porque el sistema propuesto por el artículo 44 del Código Civil parte de la base de un arquetipo definido por la ley (hombre juicioso, buen padre de familia, etc.), sistema que no puede ser aplicado si se acepta una posición individualizadora respecto al conocimiento del individuo. Añade que la imprudencia temeraria es un concepto normativo, que debe establecerse caso a caso, de suerte que una vez establecidos los riesgos previsibles y el comportamiento exigido, se debe resolver si se trata de esta especie de culpa⁵⁷.

Frente a esta opinión, creo que una alternativa es entender la temeridad en términos similares a los señalados por Jakobs o Roxin, es decir, considerando qué tan fácil era evitar el resultado⁵⁸, recurriendo además a la valoración social de la conducta generadora del riesgo y al valor del bien jurídico amenazado⁵⁹.

57 MOREIRA DUEÑAS, Alejandro. *Análisis del tipo de los artículos 490, 491 y 492 del Código Penal chileno*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2003, págs. 53 y 54.

58 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, Madrid, España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 1995, págs. 392-393.

59 ROXIN, ob. cit., págs. 1024-1027.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN RESPONSABILIDAD
PENAL ADOLESCENTE
Y DELITOS VIOLENTOS

ESTUDIO DE CARACTERIZACIÓN DEL DELITO ADOLESCENTE: LO QUE DEVELAN LAS ESTADÍSTICAS.

Francisco Maffioletti Celedón¹

Alejandra Vera Azócar²

“Justicia es un firme y constante deseo de dar a cada uno lo que le es debido”

JUSTINIANO

Introducción

El presente estudio surge de la necesidad de conocer el comportamiento de la criminalidad adolescente en nuestro país, y de profundizar el análisis realizado recientemente desde una perspectiva histórica y jurídica, en el cual se efectuó además una primera aproximación estadística a dicho fenómeno³. Ahora bien, más allá de los artículos teóricos, las opiniones más o menos fundadas, y las posturas institucionales, lo cierto es que hoy por hoy no se cuenta con una panorámica general respecto de las características y forma de presentación del delito adolescente en nuestro país.

Por ello, comprender y realizar distinciones al interior de este grupo de adolescentes infractores de ley, que de acuerdo a las cifras disponibles no sobrepasaría el 5% del total de la población adolescente del país⁴, permite orientar una toma de decisiones fundada en cuanto al tipo de sanción más idónea para cada uno de ellos, siempre bajo el mandato que establece la ley para este grupo de sujetos, vinculada a procurar su plena integración social.

Por otro lado y en atención a que los hechos vinculados a la infracción penal que cometen los adolescentes generan un impacto mediático y social, resulta relevante destacar que este estudio pretende aportar y verificar si la realidad

-
- 1 Psicólogo, Subdirector Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
 - 2 Abogada de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
 - 3 VERA, A. y MAFFIOLETTI, F. “La Infracción Penal Adolescente desde un Análisis Histórico y Jurídico”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público de Chile*, N°54, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013.
 - 4 Según Compendio Estadístico 2013, Instituto Nacional de Estadísticas (INE). Disponible en: www.ine.cl

del fenómeno de este tipo de criminalidad, coincide con la visión que generalmente tiene la población, relativa a que no obstante todos los avances que ha implicado la instauración de la Ley N°20.084, en el marco de la lógica de la Reforma Procesal Penal, continúa percibiéndose una cierta frustración social ante este tipo particular de delincuencia, la que, frecuentemente, se asocia por una parte, a la incapacidad que otorgan los actuales instrumentos legales para frenar o interrumpir el inicio o la continuación de actividades delictivas de jóvenes que presentan altos grados de desprotección social; y por la otra, a la apreciación de que en las causas donde se ven involucrados imputados adolescentes, la atención se centrara en éstos, pasando las víctimas, algunas veces también menores de edad, a un segundo plano. En este sentido, aprovechamos esta instancia para hacer presente que los anuncios de reformas legales a la Ley N°20.084 debieran hacerse cargo también de estas preocupaciones, a través de propuestas integrales de mayor calado que tengan como fin último abordar precozmente la reincidencia juvenil. Asimismo, insistir en una propuesta que ha sido señalada en múltiples foros y actividades relacionadas con la delincuencia juvenil, esto es, que se requiere de forma urgente un marco legal general que se haga cargo de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes de nuestro país. Al respecto, Rosa María Ortiz, relatora de la infancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señala que “Chile es el más atrasado de los veintiún países de América Latina en materia de derechos de la infancia y la adolescencia, y está al mismo nivel de los países del Caribe”⁵.

Desde otra perspectiva, cabe señalar, que la discusión hoy en día, desde mediados de 2012 hasta principios de 2014, se ha centrado fuertemente en la real especialización que la justicia juvenil requiere, y que exige por parte de todos los actores que intervienen en el proceso. De hecho, la propia Ministra de Justicia en marzo de 2013⁶, a propósito de la convocatoria a la comisión de expertos, señaló que uno de los tres ejes a reformar en la ley penal juvenil es, junto con la coordinación entre los distintos actores, además de los vacíos y problemas en la aplicación de la Ley N°20.084, mejorar la especialización de los actores (jueces, fiscales y defensores), considerando a éstos como un elemento clave a perfeccionar. Por su parte, y desde la academia, Couso y Duce señalan que “La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes, más allá de esas reglas explícitas, deriva de la aplicación de principios jurídicos especiales, establecidos por los instrumentos internacionales que protegen los derechos de los adolescentes imputados o condenados...”⁷.

5 Visita a Chile en septiembre de 2013. Fuente: <http://radio.uchile.cl/2013/09/02/chile-saca-nota-roja-en-informe-sobre-derechos-de-los-ninos-y-los-adolescentes>

6 Patricia Pérez, Ministra de Justicia, entrevista en el diario El Mercurio, miércoles 13 de marzo de 2013.

7 COUSO, J. y DUCE, M. *Juzgamiento penal de adolescentes*. Santiago, Chile, Lom Ediciones, 2013. p.23.

En este contexto, el artículo 29 de la Ley N°20.084, establece que los jueces, fiscales y defensores que “intervengan en las causas de adolescentes, deberán estar capacitados en los estudios e información criminológica vinculada a la ocurrencia de estas infracciones...”, imponiendo que cada institución adopte “las medidas pertinentes para garantizar la especialización”. En este punto resulta relevante destacar que, reconociendo este imperativo, la Fiscalía de Chile cuenta con fiscales especializados en la materia; con una Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente (RPA) que colabora, asesora, y realiza una labor permanente de coordinación y capacitación a fiscales especializados⁸; y con una política clara, explícita y transparente de persecución penal, asentada en el Oficio FN N°483/2009, de fecha 18 de agosto de 2009, que Imparte Criterios de Actuación en materia de Responsabilidad Penal Adolescente⁹.

Las preguntas que surgen entonces son: ¿Resulta posible exigir especialización de los actores involucrados si no se define de forma clara cuáles son los mecanismos mediante los cuales esto se concrete? ¿Acaso existe consenso en cuanto a cuáles serían los posibles contenidos mínimos? En este sentido, ¿qué se entiende por especialización en RPA? Estas inquietudes nos llevaron a concluir que uno de los contenidos esenciales en la especialización de los fiscales es que puedan conocer, además del marco normativo nacional e internacional, cuáles son las características de la infracción penal juvenil, qué delitos son los que más se cometen, quién los comete, cuál es el tratamiento

8 En este sentido, en el permanente afán de capacitar y/o actualizar los conocimientos de los fiscales especializados en RPA, la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos de la Fiscalía Nacional realiza permanentemente Jornadas Nacionales en las cuales se analizan diversos temas relacionados a la comprensión e implementación de la Ley N°20.084, tales como, la comprensión integral del proceso de la adolescencia y sus procesos de desarrollo; el consumo de drogas, sus efectos en el adolescente, y las alternativas existentes para su abordaje (ECD y TTD adolescente); la evolución de la carrera delictual y el proceso de desistencia del delito; los modelos de intervención especializada por la red; la Convención de los Derechos del Niño y otros referentes y normativas internacionales; las implicancias del artículo 31 en la declaración del adolescente; la determinación de sanciones; la incorporación de la huella genética de los adolescentes en virtud de la Ley N°19.970; los problemas en relación a la prescripción; la sustitución de sanciones y el quebrantamiento; los planes de intervención individual y la oferta programática; las opciones de la suspensión condicional del procedimiento para el caso de adolescentes; el fenómeno de la reincidencia juvenil; entre otras.

9 Las visiones y políticas de persecución relativa a la infracción penal adolescente han sido expuestas por el propio Fiscal Nacional en las sesiones extraordinarias del Congreso Nacional con motivo del cumplimiento de los cinco y de los seis años de la implementación de la Ley N°20.084, documentos que han sido entregados al Parlamento para su análisis y discusión posterior, en el marco de las modificaciones legales que se pretende introducir a la referida normativa mediante algunos proyectos de ley. Por tanto, hoy por hoy, no es posible sostener que la Fiscalía no tiene una política de persecución penal en materia de responsabilidad penal adolescente.

que se les da en el sistema, cuáles son las salidas más comunes por delito, qué infracciones son cometidas mayoritariamente por varones y cuáles por mujeres, en qué casos se otorga la internación provisoria, y un largo etcétera de precisiones que resultan necesarias de establecer a la hora de realizar un perfil de este tipo de adolescentes.

En atención a lo anterior y para responder las interrogantes que generalmente surgen respecto a la infracción penal adolescente, el presente estudio pretendió complementar las cifras estadísticas que de forma periódica se entregan en el Boletín Estadístico Anual del Ministerio Público¹⁰, desagregando las diversas categorías establecidas como relevantes, tales como cantidad de ingresos, tipos de términos, medidas cautelares aplicadas, delitos más frecuentemente cometidos, e incorporando las variables de género y tramo etario, todo lo cual nos permite establecer distinciones más específicas en cuanto a la composición interna de cada categoría y conocer más a cabalidad este fenómeno, respondiendo a los clásicos cuestionamientos que surgen en la materia, tales como, si respecto de determinados delitos son los hombres o las mujeres los que más los cometen; si ha disminuido, aumentado o se ha mantenido la aplicación de la internación provisoria; o si es que existen variables como la edad que nos permitan concluir que determinados delitos se encuentran asociados a jóvenes que recién entran en la adolescencia (14 años), o bien a aquellos que están próximos a cumplir la mayoría de edad (17 años).

Finalmente, se consigna que para efectuar un correcto análisis de los resultados, se procedió a cruzar las variables más relevantes, de manera de obtener conclusiones basadas en la evidencia, más que en los prejuicios o las concepciones teóricas derivadas de los casos particulares, lo cual permitirá contar con una aproximación al fenómeno de la delincuencia adolescente, que contribuirá a perfeccionar la persecución penal, al adecuado establecimiento de las responsabilidades asociadas, y sobre todo a la proposición de las sanciones que resulten más idóneas para evitar la reincidencia y lograr la plena integración social del adolescente infractor.

Caracterización del delito adolescente

Los resultados del estudio que presentamos a continuación, constituyen un esfuerzo por conocer parte de la fenomenología de los delitos penales cometidos por adolescentes, partiendo desde la evidencia de las cifras que maneja el Ministerio Público¹¹. Se ha realizado un esfuerzo sistemático por desagregar las variables al máximo nivel, de forma tal de poder esbozar algunas conclusiones que sirvan de base para la comprensión de este tipo de ilícitos, y la

10 Disponible en: www.fiscaliadechile.cl

11 Agradecemos en este sentido la colaboración de la División de Informática de la Fiscalía Nacional, y en particular de Matías Holloway Pérez.

subsecuente toma de decisiones en el proceso investigativo y en la proposición de sanciones que resulten idóneas, adecuadas y orientadas en beneficio del propio joven infractor.

El presente estudio se realizó con los datos disponibles de los últimos tres años (2010 a 2012), ya que se estimó que éstos podrían representar fielmente el comportamiento de los delitos de Responsabilidad Penal Adolescente (en adelante RPA), en tanto la Ley N°20.084 ya había culminado su proceso de puesta en marcha e implementación, apreciándose un comportamiento asentado respecto de este tipo de causas, por parte de todos los actores involucrados; y además, considerando que el año 2009 se materializó la política de persecución penal adolescente mediante el referido Oficio FN N°483/2009, pudiendo observarse más claramente su efecto a partir del año 2010.

En definitiva, se trabajó con información de más de doscientos mil adolescentes (200.000 sujetos)¹², cifra que al constituir un número tan alto de casos estudiados le otorga al presente estudio representatividad, estabilidad y valor a las conclusiones obtenidas, y se agrupó la información de una manera ordenada que permita su cabal comprensión.

De esta forma, se presentan los resultados de acuerdo a las distintas categorías que se identificaron como indispensables para establecer un escenario global de lo que está ocurriendo en materia RPA, tales como el panorama relativo al ingreso adolescente al sistema penal, el contexto en torno a la audiencia de control de detención y a la formalización de la investigación, la situación real de la internación provisoria, la aplicación de medidas cautelares del artículo 155 del Código Procesal Penal, y los tipos de términos aplicados a los infractores juveniles. Esta información fue cruzada a su vez, con las variables género, año y tramo etario, de manera de obtener una comprensión integral del fenómeno.

Este estudio permitirá obtener herramientas relevantes que den cuenta de la realidad de la justicia penal adolescente, y constituirá un insumo para discutir las mejoras, modificaciones y desafíos, que deben plantearse en esta materia todos los actores del sistema.

I. Ingresos

Para realizar un análisis de la magnitud del delito adolescente, lo primero que debemos hacer es distinguir, en cuanto a los ingresos, la cantidad de adolescentes (sujetos/imputados) que entra al sistema, los delitos que éstos cometen, y las causas (RUC asociados) que se inician a propósito de ello.

12 Datos extraídos del SAF en el mes de Noviembre de 2013.

En este contexto, entre los años 2010, 2011 y 2012 ingresaron al Ministerio Público un total de 201.537 adolescentes a quienes se les imputó responsabilidad penal por la participación que habrían tenido en 160.586 delitos, los cuales originaron 152.306 casos. Como se aprecia, existen más adolescentes ingresados que delitos y casos asociados, ello se explica por el hecho de que puede ocurrir que uno o más adolescentes cometan un mismo delito, dando origen a un solo caso o RUC, o que uno o más adolescentes cometan dos o más delitos en una misma situación, iniciándose por tanto, un solo caso o RUC.

Año	Adolescentes	Delitos	Casos ¹³
2010	62.592	51.487	48.999
2011	73.460	56.408	53.442
2012	65.485	52.691	49.865
Total	201.537	160.586	152.306

Una primera aproximación al análisis de la cifra de ingreso de los adolescentes al sistema penal, nos podría llevar a inferir que la cantidad aproximada de 65.000 adolescentes que ingresan por año, constituye una cifra bastante elevada, lo que demostraría que efectivamente tiene un sustento estadístico, la percepción social de que estamos en presencia de un fenómeno delictual grave e incluso a ratos, fuera de control. Sin embargo, un estudio más acucioso de los datos, nos indica que dicha conclusión aparece descartada al momento en que cotejamos esa cifra con el total de sujetos ingresados en el país, según la siguiente tabla:

Ingresos anuales RPA en relación al total de causas:

Año	Total adolescentes ingresados al MP	Total imputados ingresados al MP	% de adolescentes ingresados en relación al total
2010	62.592	1.381.751	4.5%
2011	73.460	1.524.048	4.8%
2012	65.485	1.455.934	4.5%
Total	201.537	4.361.733	4.6%

Así las cosas, verificamos que los adolescentes representan en promedio sólo un 4,6% del total de sujetos que ingresaron al Ministerio Público, a nivel nacional, durante los años 2010 a 2012; cifra que, por lo demás, se ha mantenido estable durante ese período, lo que demuestra que si bien la infracción penal adolescente es un fenómeno grave y complejo, ella no se encuentra fuera de los límites que permitan ejercer algún control y que la percepción social de aumento progresivo de este tipo de conductas no armoniza con la panorámica real.

13 La estructura interna de un caso permite que en él exista más de un delito.

II. Imputados ingresados por delito, según sexo, edad y año

Para lograr comprender cabalmente el fenómeno de la infracción penal adolescente, resulta indispensable continuar este estudio realizando una primera división, que nos permita responder a las clásicas interrogantes en la materia, relativas a cuáles son las principales categorías de delitos ejecutados por los adolescentes¹⁴; si delinquen más los hombres o las mujeres; y las edades en que se registra un mayor índice de ingreso al sistema, determinando si efectivamente la mayor cantidad de ingresos se produce en una época temprana de la adolescencia, o más bien ocurre ya cercano al período de la adultez.

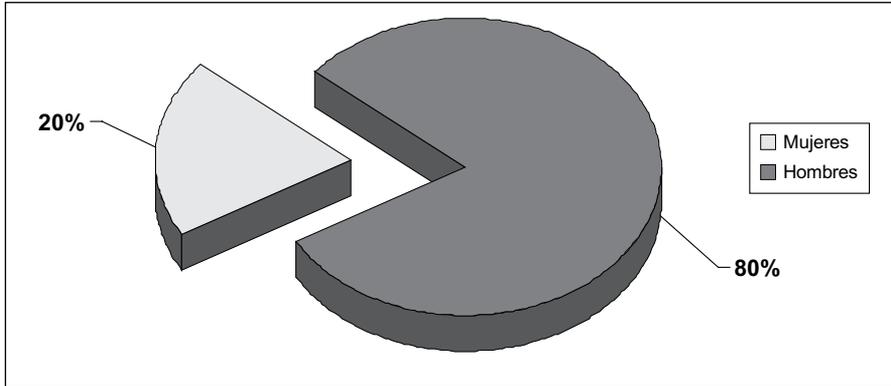
Imputados ingresados en delitos RPA por delito, sexo y tramo etario, 2010-2012									
Delito	Mujeres			Hombres			TOTAL		
	14 - 15	16 - 17	Subtotal	14 - 15	16 - 17	Subtotal	14 - 15	16 - 17	Total
Faltas	2.644	6.313	8.957	7.066	24.961	32.027	9.710	31.274	40.984
Lesiones	3.182	4.919	8.101	5.612	13.581	19.193	8.794	18.500	27.294
Hurtos	3.352	5.171	8.523	5.845	10.315	16.160	9.197	15.486	24.683
Otros delitos contra la propiedad	977	1.663	2.640	6.747	14.232	20.979	7.724	15.895	23.619
Robos no violentos	340	509	849	5.609	10.790	16.399	5.949	11.299	17.248
Delitos contra la libertad e intimidad de las personas	2.160	2.732	4.892	3.825	8.316	12.141	5.985	11.048	17.033
15.- Otros delitos	852	1.510	2.362	4.174	9.745	13.919	5.026	11.255	16.281
Robos violentos	461	609	1.070	4.657	9.358	14.015	5.118	9.967	15.085
Otros delitos	264	328	592	1.875	3.966	5.841	2.139	4.294	6.433
Delitos sexuales	60	52	112	1.748	1.762	3.510	1.808	1.814	3.622
Drogas	169	457	626	643	2.269	2.912	812	2.726	3.538
Delitos leyes especiales	48	102	150	882	1.746	2.628	930	1.848	2.778
Delitos contra la ley de tránsito	4	30	34	120	626	746	124	656	780
Delitos económicos	66	153	219	141	360	501	207	513	720
Homicidios	9	23	32	142	445	587	151	468	619
Delitos contra la fe pública	42	93	135	69	214	283	111	307	418
Cuasidelitos	14	20	34	91	256	347	105	276	381
Delitos funcionarios	1	3	4	4	13	17	5	16	21
Total	14.645	24.687	39.332	49.250	112.955	162.205	63.895	137.642	201.537

Primeramente, en cuanto al género de los adolescentes, a partir de esta tabla, queda de manifiesto que aquellos que más delinquen son los hombres con

14 Las categorías de delitos seguidas en este estudio corresponden a las presentadas en el Boletín Estadístico Anual del Ministerio Público.

un total de 162.205 ingresos que representan un 80% del total de imputados adolescentes ingresados al Ministerio Público, mientras que las mujeres con 39.332 llegan solamente al 20% de dichos ingresos.

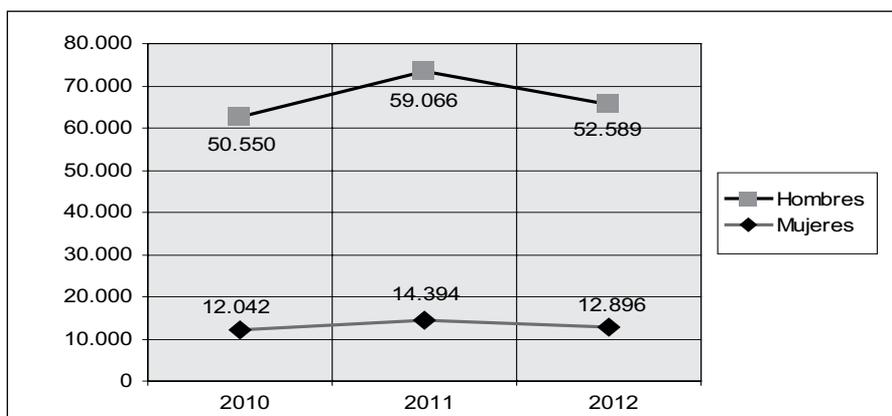
PORCENTAJE TOTAL DE MUJERES Y HOMBRES EN DELITOS RPA



Este porcentaje ha permanecido estable el 2010, 2011, 2012, manteniéndose en todos esos años la tendencia del 80% de ingresos correspondiente a los hombres y 20% a las mujeres, por lo tanto, no se verifica una tasa de crecimiento de las mujeres con respecto a los hombres, o un descenso por parte de estos últimos, sino más bien una constante en esa variable.

Igualmente, en el siguiente gráfico, se aprecia que el año 2011 registra un aumento residual en la tasa de ingresos, tanto respecto de los hombres, como de las mujeres, pasando de 50.550 en el caso de los hombres y 12.042 en las mujeres en el año 2010, a 59.066 y 14.394 imputados hombres y mujeres respectivamente, cifra que desciende el año 2012 a una más cercana a la señalada en el 2010, equivalente a 52.589 hombres ingresados, en contraposición a las 12.896 mujeres:

IMPUTADOS INGRESADOS SEGÚN SEXO Y AÑO



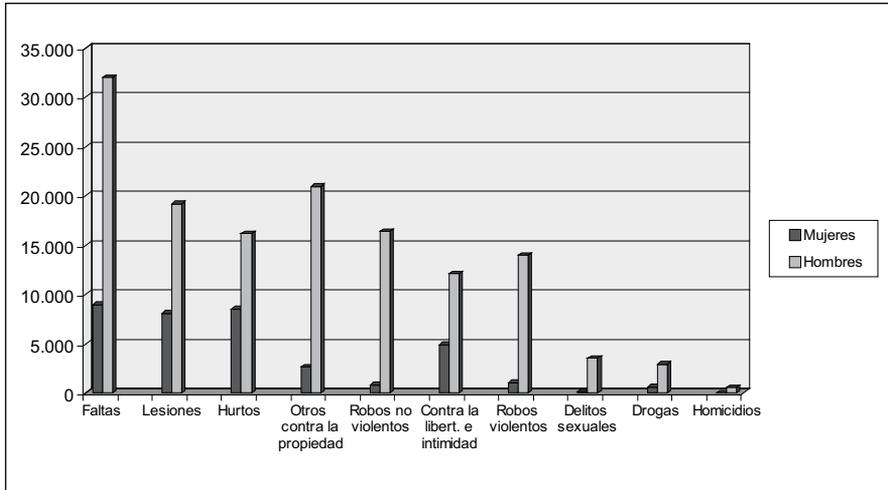
Asimismo, se verifica que los hombres predominan en las diversas categorías de delitos, teniendo las mujeres una mayor participación que el promedio general en los delitos de hurto, lesiones y aquellos que corresponden a las faltas, disminuyendo notoriamente la presencia del género femenino en los ilícitos que conllevan conductas más graves y de mayor afectación a bienes jurídicos relevantes, advirtiéndose en este sentido, una considerable diferencia porcentual entre hombres y mujeres en la comisión de delitos violentos y de delitos sexuales; así, en el caso de los delitos violentos, en el que incluimos los homicidios, los robos violentos, y los delitos contra la libertad e intimidad de las personas, un 82% son cometidos por hombres, mientras que sólo un 18% por las mujeres. Profundizando en los delitos violentos, se coteja que la diferencia porcentual entre hombres y mujeres se amplía considerablemente en los ilícitos relativos a los robos violentos y a los homicidios, registrándose, en el primer caso, un 93% de los hombres ingresados, en contraposición al 7% al que llegan las mujeres, mientras que en el delito de homicidio, la distancia se acrecienta a un 95% de ingresos correspondiente a los hombres y a un 5% de las mujeres.

Tratándose de los delitos sexuales, el porcentaje aumenta aún más, pues los hombres ejecutarían el 97% de ese tipo de conductas, mientras que las mujeres tan sólo un 3%. Ahora bien, comparando estas cifras con las de los delitos sexuales cometidos por adultos, encontramos una coincidencia con el estudio en perfil de mujeres agresoras sexuales realizado en nuestro país por las doctoras Onetto y Araya (2007)¹⁵, profesionales del Servicio Médico Legal, que

15 ONETTO, Inge y ARAYA, Paula (2007). Agresoras Sexuales Femeninas: evaluación retrospectiva de 58 mujeres imputadas por delitos sexuales contra menores en el Servicio Médico Legal entre los años 2000 a 2006. Disponible en: www.sml.cl/portal/pdfs/REVISTA%20SML%20AGOSTO%2007.pdf [fecha de consulta: 05 de enero de 2014].

elaboraron un perfil de las mujeres agresoras sexuales en base a los 58 casos que ingresaron al SML entre los años 2000 a 2006, representando éstas un 2% de los peritajes a imputadas realizados en dicho período por el referido organismo público.

IMPUTADOS INGRESADOS POR DELITO Y SEXO, 2010 - 2012



Por otro lado, dentro del catálogo de delitos¹⁶, es posible apreciar que los ilícitos por los que más ingresan los adolescentes son las faltas con un 20% del total, seguido por el delito de lesiones con un 14%, y por los hurtos con un 12%.

Dentro de las faltas, aquellas que registran una mayor frecuencia de ingresos son el *hurto falta* del artículo 494 bis del Código Penal, con un 43%; seguida por el consumo o porte de drogas en lugares calificados y consumo o porte de drogas en lugares públicos o privados con previo concierto, que suman un 28%; y la riña pública del artículo 496 N°10 del Código Penal, con un 11%. Estos ilícitos, que representan el 82% de los imputados adolescentes en esta categoría, corresponden a conductas que la mayoría de las personas asocian con la delincuencia adolescente, pues se trata del consumo de drogas, de peleas públicas y del llamado “robo hormiga” (casos en que el valor de la cosa hurtada no pasa de media unidad tributaria mensual y que afecta generalmente a supermercados y tiendas).

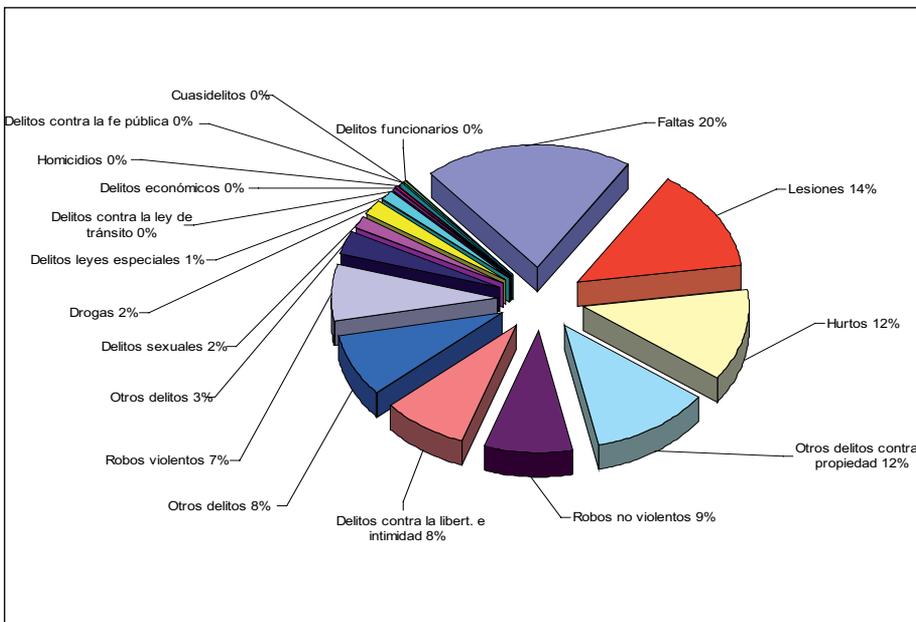
En cuanto a la categoría vinculada al delito de lesiones, se observa que las que presentan un mayor ingreso de jóvenes infractores son las lesiones leves y las

16 Para determinar los ilícitos que comprende cada una de las categorías de delitos, ir a Boletín Estadístico Anual del Ministerio Público [en línea]. Disponible en: www.fiscaliadechile.cl.

lesiones menos graves, con un 68% y 26% respectivamente, representando un 93% del total de este tipo de delitos que atentan contra la salud e integridad física de las personas.

Respecto al catálogo de los hurtos, aquellos que evidencian más participación de imputados adolescentes dentro de dicho universo son los que corresponden al hurto simple por un valor de media a 4 UTM con un 76%, y al hurto simple por un valor de 4 a 40 UTM con un 22%, verificándose de esta forma que dichos delitos equivalen al 98% de los ingresos de los tipos penales relativos al *hurto*, y al 12% del total de ingresos, tal como se demuestra en el siguiente gráfico:

IMPUTADOS INGRESADOS EN DELITOS RPA POR DELITO, SEXO Y TRAMO ETARIO, 2010-2012



Ahora bien, realizando un ejercicio de agrupación de delitos conforme al tipo penal y su vinculación, podemos advertir que si extraemos del conjunto de las faltas, el *hurto falta* del artículo 494 bis del Código Penal, y lo agregamos al catálogo relativo al delito de hurto, dicha categoría ya no correspondería al referido 12%, sino que equivaldría al 21% del total de ingresos, lo que lo situaría en el primer lugar de los hechos punibles por los que más ingresan estos infractores.

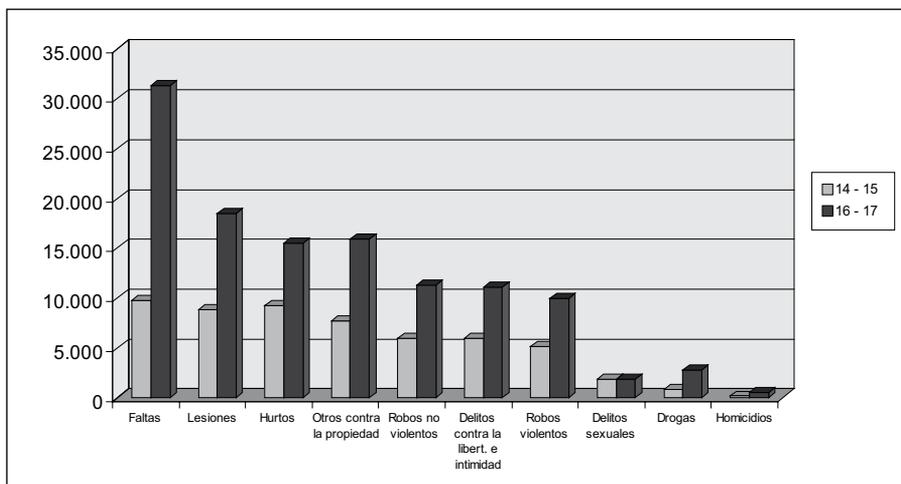
Continuando con esta agrupación, es posible comprobar que los ilícitos que registran el mayor ingreso de adolescentes son aquellos que vulneran el bien jurídico propiedad, los que en conjunto alcanzarían el 40% del total, y cuyo

orden de prelación está dado por los hurtos que representan un 31% de ese universo, por otros delitos contra la propiedad con un 29%, por los robos no violentos con un 21%, y por los robos violentos con un 19%. Resulta relevante asentar que, a pesar de que esta última cifra del 19% relativa a los robos violentos representa el menor porcentaje de ingresos en materia de delitos contra la propiedad, en el universo total de delitos por los que ingresan los adolescentes, esa categoría de delitos ocupa el octavo lugar, lo que implica que no puede concluirse que se trata de un dígito residual o menos importante, sino por el contrario, ese porcentaje corresponde a un elevado número de ilícitos que además, llevan aparejados conductas más violentas y de la mayor relevancia jurídica y social, pues importan una afectación no sólo a la propiedad, sino que también a bienes jurídicos de la más alta trascendencia y que requieren la máxima protección, tales como la vida, la integridad física o psíquica, la libertad personal, y la indemnidad sexual.

El gráfico da cuenta además, que con un porcentaje menor del total de ingresos se encuentran los delitos sexuales y aquellos vinculados a drogas, los cuales coinciden con un 2% del total de ingresos. Ahora bien, si realizamos respecto del grupo relativo a los delitos de drogas, la misma operación que efectuamos con los ilícitos de hurtos, y procedemos a extraer de las categorías de las faltas a los ilícitos de consumo o porte de drogas en lugares calificados y consumo o porte de drogas en lugares públicos o privados con previo concierto, para agregarlos al universo de los delitos de drogas (toda vez que se trata del mismo bien jurídico tutelado), comprobamos que el porcentaje del 2% con que aparece ese grupo, ascendería al 7% del total de delitos cometidos por adolescentes, cifra bastante mayor que da cuenta de la real dimensión de la cantidad de hechos punibles que se ejecutan vinculados a la Ley N°20.000.

Analizado el escenario de los delitos por los que más frecuentemente ingresan los adolescentes, es necesario proceder al estudio del panorama que acontece con respecto al rango etario de los infractores. En esta materia, se verifica patentemente que el rango etario que más delinque, tanto en el caso de los hombres como las mujeres, es aquel que corresponde a los 16 y 17 años con 137.640 ingresos que corresponde a un 68% del total de imputados adolescentes ingresados al Ministerio Público, por sobre los 14 y 15 años en que se registra 63.897, lo que equivale a un 32% de los ingresos, tal como lo demuestra la siguiente tabla:

IMPUTADOS INGRESADOS EN DELITOS RPA POR TRAMO ETARIO, 2010 - 2012



Continuando con un análisis acucioso de los valores y realizando un cruce de la información entre las edades y las categorías de delito, es factible colegir que en todos los grupos de delitos, el rango etario que más comete los diversos hechos punibles es el de 16 y 17 años, con una cantidad que en algunos casos incluso triplica a la cifra de ingresos en el rango de 14 y 15 años, tanto respecto de los hombres como de las mujeres, dándose la única excepción en el caso de los delitos sexuales, en que la relación de ingresos se mantiene con una mínima variación entre el rango 14-15 y 16-17 años, lo que se refleja en que 60 mujeres ingresaron por delitos sexuales con una edad entre los 14 y 15 años, y 52 respecto de la edad 16 y 17 años, mientras que tratándose de los hombres, ingresaron 1.748 imputados adolescentes entre el rango 14 y 15 años, y 1.762 entre las edades de 16 y 17.

En cuanto a los *delitos violentos*¹⁷, cabe señalar que estos corresponden a 32.743, lo que representa un 16% del total de ingresos de adolescentes. De ellos y como ya señaláramos en párrafos anteriores, un 82% es cometido por hombres y un 18% por las mujeres, aumentando, en el caso de los hombres, el porcentaje en un 50% tratándose del rango etario de los 16 y 17 años. Con el conocimiento de estas cifras es dable afirmar que los adolescentes que cometen mayormente esta clase de delitos, que conllevan conductas más agresivas y vulneraciones a los bienes jurídicos más relevantes, son los hombres entre los 16 y 17 años.

Lo anterior, nos permite concluir que es la época de los 16 y 17 años, en que se concentran mayormente las conductas ilícitas, rango que corresponde a una

¹⁷ Nos referimos a los delitos de homicidio, robos violentos, y delitos contra la libertad e intimidad de las personas.

época en que, sin existir cuestionamientos, el individuo tiene la capacidad y madurez suficiente para interiorizar, determinar y decidir, iniciar o continuar adelante con una conducta delictiva. Aún más, dentro de dicho rango se afirma sin irresoluciones, que el adolescente ya cuenta con capacidades mentales y sociales que le permiten perfectamente distinguir entre el bien y el mal, entre lo lícito y lo ilícito, y está preparado para adecuar su comportamiento a esas consideraciones.

Pretendiendo explicar este proceso, algunos autores¹⁸ han denominado a este estilo de actuar delictivo que se concentra en una edad ya más vinculada a la adultez, como *delincuencia persistente o distintiva*, que corresponde a una categoría de mayor complejidad al presentar más factores de riesgo (estáticos y dinámicos), representando “en diversos países entre un 5% y un 14% del total de adolescentes sancionados, los que sin embargo pueden ser responsables de más de un 50% de los delitos judicializados”¹⁹. Este tipo de delincuencia difiere de la llamada *delincuencia de proceso adolescente*²⁰, que se caracteriza “por delitos de baja gravedad y alta frecuencia, en un período muy breve de tiempo, con inicio posterior a los 13 años y generalmente reactivos a factores situacionales como experiencias personales o familiares estresantes, o a la asociación con grupos de pares que incentivan comportamientos de riesgo o actuaciones infractoras de ley, pero sin que todo ello derive en un proceso de desadaptación social más permanente. En estos casos, la sola judicialización del comportamiento infractor constituye un potente incentivo para su interrupción”²¹.

De esta forma, confrontando los datos obtenidos con el estilo de actuar delictivo que proponen los autores, podemos señalar que ambos tipos de delincuencia se dan en nuestra realidad, no pudiendo descartarse en materia de Responsabilidad Penal Adolescente la presencia de la delincuencia más compleja, que es la llamada persistente o distintiva, máxime si como hemos advertido, el tramo de 16 y 17 años representa más del doble de lo que corresponde a los ingresos en el rango de 14 y 15 años, –recordemos que conforme a las cifras obtenidas, entre los 14 y 15 años la cantidad de ingresos al Ministerio Público equivale al 32% del total de los adolescentes, dejando en un 68% los ingresos en el rango 16 y 17 años–.

-
- 18 A mayor abundamiento ver: REDONDO, S. y ANDRÉS PUEYO, A.. “La Psicología de la Delincuencia”. En: *Revista El Observador*, N°4, año 2009, Santiago, Chile, SENAME.
- 19 PÉREZ-LUCO, R., LAGOS, L. y BÁEZ, C. *Reincidencia y desistimiento en adolescentes infractores: análisis de trayectorias delictivas a partir de autorreporte de delitos, consumo de sustancias y juicio profesional*. Universitas Psychologica, 2012, 11(4), págs. 1209-1225. Bogotá, Colombia.
- 20 Denominada también delincuencia común por diversos autores, tales como Fréchette & LeBlanc (1998); Moffitt (1993); Rutter, Giller & Hagell (2000).
- 21 PÉREZ-LUCO, R., LAGOS, L. y Báez, C., ob. cit.

Esta considerable diferencia porcentual en el tramo etario del ingreso de los adolescentes al sistema, obliga a estudiar sus posibles explicaciones, las que si bien exceden el propósito del presente estudio, atendida su relevancia, no podemos sino dejar planteadas. De esta forma, bajo la óptica de la *Criminología del Desarrollo*, es posible formular las siguientes interrogantes: ¿ la mayor presencia de delitos en la etapa posterior obedece a un inicio tardío en la carrera delictual por parte de estos adolescentes o bien se podría explicar por la reincidencia de los mismos adolescentes que ya habían cometido delitos en la etapa 14-15 años, y que persisten en su actuar delictivo aún cercanos a la adultez?, ¿esta persistencia podría dar cuenta que la sola judicialización de la conducta y su eventual sanción punitiva no es incentivo suficiente para que el adolescente no reincida?. En nuestra experiencia, nos encontramos ante algunos casos en que el adolescente reincide una y otra vez en las mismas conductas, o incluso en algunas ocasiones en una escalada de conductas hasta llegar a las de mayor gravedad, advirtiendo que para estos jóvenes infractores el paso por el sistema y las sanciones impuestas quizás no cumplirían de forma eficiente con el fin desincentivador de la carrera delictiva orientado a su plena integración social.

III. Imputados ingresados con mayor frecuencia en delitos RPA

Con la finalidad de realizar un análisis más profundo que nos permita adoptar decisiones y enfocar adecuadamente los esfuerzos encaminados a cumplir con los objetivos de la Ley N°20.084, hemos querido profundizar en cuáles son los delitos por los que ingresan la mayor cantidad de adolescentes.

Precisamente, para adquirir una visión acorde con la realidad y basada en la evidencia empírica, se ordenaron los adolescentes ingresados de mayor a menor de acuerdo a los delitos que tuvieron al menos un ingreso durante los años 2010 a 2012, para luego establecer un punto de corte que resultase significativo en cuanto definiera aquellos delitos RPA en que se hayan visto imputados la mayor cantidad de adolescentes.

De esta forma, en el presente estudio se seleccionaron los 19 delitos –de los 229 registrados– que corresponden a aquellos que involucran una mayor cantidad de adolescentes ingresados. Cabe señalar que esta cifra no fue determinada de manera antojadiza, sino que deriva del hecho de que justamente esos 19 ilícitos equivalen al 80% de los ingresos de los adolescentes imputados en dicho período.

Imputados ingresados con mayor frecuencia en delitos RPA, 2010-2012

Delito	Adolescentes	%
HURTO SIMPLE (MEDIA A 4 UTM)	18.901	9,3
LESIONES LEVES	18.612	9,2
HURTO FALTA (Art. 494 BIS CP)	17.649	8,7
AMENAZAS SIMPLES CONTRA PERSONAS Y PROPIEDADES (Art. 296 N°3 CP)	14.316	7,0
DAÑOS SIMPLES (Art. 487 CP)	9.616	4,7
CONSUMO/PORTE EN LUGARES PÚBL. O PRIV. CON PREVIO CONCIERTO	9.458	4,7
RECEPTACIÓN (Art. 456 BIS A CP)	9.122	4,5
DELITO DESÓRDENES PÚBLICOS (Art. 269 CP)	8.432	4,1
LESIONES MENOS GRAVES	7.089	3,5
ROBO EN LUGAR NO HABITADO (Art. 442 CP)	6.340	3,1
ROBO CON INTIMIDACIÓN (Art. 433, 436 Inc. 1° 438 CP)	5.904	2,9
HURTO SIMPLE (4 A 40 UTM)	5.361	2,6
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN (Art. 440 CP)	5.286	2,6
ROBO CON VIOLENCIA	4.850	2,4
PORTE DE ARMA CORTANTE O PUNZANTE (Art. 288 bis CP)	4.823	2,4
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	4.754	2,3
RIÑA PÚBLICA (art. 496 N°10 CP)	4.399	2,2
ROBO POR SORPRESA (art. 436 INC. 2° CP)	4.354	2,1
OTRAS FALTAS CÓDIGO PENAL	4.011	2,0
Total	163.277	80,3

Como puede apreciarse, y en armonía con lo ya señalado, son los delitos de hurto y lesiones, los que concentran la mayor cantidad de imputados ingresados en el período 2010 a 2012. Asimismo, se advierte que 11 de los 19 delitos, es decir más del 50%, corresponde a hechos punibles que afectan al bien jurídico propiedad, mientras los restantes se distribuyen en otros tipos de delitos que vulneran diversos valores jurídicos tutelados por el legislador, tales como, las amenazas, las lesiones, y el consumo o porte de drogas en lugares públicos o privados con previo concierto.

Por su mayor frecuencia y sus eventuales reiteraciones, resulta relevante detenerse a reflexionar en el panorama del delito de hurto, en el que evidenciamos que el tipo penal que involucra una mayor cantidad de adolescentes imputados no es, como pudiera pensarse, el hurto falta del artículo 494 bis del Código Penal, asociado como ya señalamos, al llamado “robo hormiga”, sino el hurto que iría en una escala superior, esto es, el hurto simple de media a 4 UTM; un poco más abajo en el escalafón, en el doceavo lugar, se encuentra el hurto simple de 4 a 40 UTM. Considerando todos estos tipos penales de hurto, se comprueba que la participación de adolescentes imputados representa un 20% del total de ingresos de dichos adolescentes en los 229 delitos, lo que da cuenta de la relevancia de abordar las conductas sociales y cognitivas a la base que se manifiestan por medio de este tipo de ilícitos.

No podemos dejar de mencionar el escenario relativo a los delitos de robo, en que subyacen conductas de mayor agresividad y lesividad hacia las personas. En este sentido, las cifras muestran que dentro de los delitos con más ingreso de adolescentes infractores se encuentran justamente algunos de los robos que involucran conductas de mayor dañinidad, toda vez que conllevan no sólo una afectación al bien jurídico propiedad, sino que también un ataque a la vida o integridad física o psíquica de la víctima, o por lo menos, un peligro de que se lleve cabo; nos estamos refiriendo al robo con intimidación, al robo en lugar habitado o destinado a la habitación, al robo con violencia, y al robo por sorpresa, hechos punibles que, por su peligrosidad y por los valores tutelados, deben ingresar a la categoría de los robos violentos. En atención a lo anterior, no deja de ser preocupante que estos robos violentos alcancen un total de 20.394 imputados ingresados, que representan el 10% del total de los adolescentes imputados, haciéndose imprescindible generar una mayor consciencia social respecto de la gravedad y relevante porcentaje que revisten este tipo de conductas, poniendo énfasis en que estamos ante un adolescente que ejerce violencia o coacción en contra de una víctima que debe ser visualizada.

Finalmente, en cuanto a este ámbito, la tabla consigna que los delitos de desórdenes públicos y la riña pública se encuentran dentro de los ilícitos RPA con mayor cantidad de imputados ingresados, tipos penales que coinciden en el ámbito de su desarrollo, pues se realizan en la vía pública, vinculándose además, en cuanto a que producen la alteración de la tranquilidad pública, lo que nos permitiría sostener que esta clase de hechos punibles son visibles socialmente, y podrían ser asociados a las fiestas o al llamado “carrete” en que participan los menores de edad, a las marchas o manifestaciones, o directamente al vandalismo ocasionado por grupos o pandillas.

Escudriñando aún más en esta materia, se ha elaborado la siguiente tabla que da cuenta de los 19 delitos asociados a la mayor frecuencia de ingresos de adolescentes, incorporando las variables de género y tramo etario:

Imputados ingresados con mayor frecuencia en delitos RPA, por sexo y tramo etario, 2010-2012									
Delito	Adolescentes ingresados								
	Mujeres			Hombres			TOTAL		
	14 - 15	16 - 17	Subtotal	14 - 15	16 - 17	Subtotal	14 - 15	16 - 17	Total
HURTO SIMPLE (MEDIA A 4 UTM).	2.698	4.052	6.792	4.380	7.670	12.096	7.083	11.728	18.901
LESIONES LEVES	2.490	3.665	6.207	3.636	8.662	12.386	6.135	12.335	18.612
HURTO FALTA (art. 494 BIS CP).	1.564	4.018	5.611	2.911	9.048	12.036	4.477	13.066	17.649
AMENAZAS SIMPLES CONTRA PERSONAS Y PROPIEDADES (art. 296 N°3 CP).	1.971	2.424	4.425	3.135	6.655	9.866	5.118	9.090	14.316
DAÑOS SIMPLES (art. 487 CP).	450	633	1.091	2.773	5.702	8.519	3.226	6.338	9.616
CONSUMO/PORTE EN LUGARES PÚBL. O PRIV. CON PREVIO CONCIERTO.	155	566	724	1.151	7.510	8.734	1.306	8.076	9.458
RECEPTACIÓN (art. 456 BIS a CP)	291	459	757	2.739	5.567	8.363	3.030	6.028	9.122
DELITO DESÓRDENES PÚBLICOS ART. 269 (NO FALTA DEL CÓD 13035)	381	713	1.096	2.191	5.115	7.336	2.572	5.828	8.432
LESIONES MENOS GRAVES	631	1.131	1.769	1.500	3.764	5.317	2.131	4.898	7.089
ROBO EN LUGAR NO HABITADO (art. 442 CP).	126	205	332	1.991	3.978	6.003	2.117	4.188	6.340
ROBO CON INTIMIDACIÓN (art. 433, 436 INC 1° 438 CP).	130	163	296	1.930	3.626	5.606	2.061	3.790	5.904
HURTO SIMPLE (4 A 40 UTM).	614	1.038	1.658	1.339	2.330	3.697	1.956	3.370	5.361
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN (art. 440 CP).	157	215	373	1.708	3.146	4.903	1.866	3.370	5.286
ROBO CON VIOLENCIA	191	256	448	1.342	3.031	4.402	1.533	3.287	4.850
PORTE DE ARMA CORTANTE O PUNZANTE (288 bis)	61	90	155	1.487	3.159	4.667	1.548	3.250	4.823
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	47	72	120	1.564	3.034	4.632	1.611	3.108	4.754
RIÑA PÚBLICA (art. 496 N°10 CP).	491	876	1.376	752	2.251	3.023	1.243	3.127	4.399
ROBO POR SORPRESA (art. 436 INC. 2° CP).	139	184	324	1.359	2.640	4.028	1.500	2.824	4.354
OTRAS FALTAS CÓDIGO PENAL	188	372	563	969	2.460	3.446	1.157	2.834	4.011
Total	12.775	21.132	34.117	38.857	89.348	129.060	51.670	110.535	163.277

Respecto al género, podemos cotejar que de esta agrupación de 19 delitos que se encuentran asociados a la mayor frecuencia de ingresos de adolescentes, el 79% corresponde a los hombres, mientras que tan sólo un 21% a las mujeres. Estos datos coinciden con la tendencia que hemos observado en tablas anteriores en relación al total de los delitos y su comisión por género (véase gráfico Porcentaje Total de Mujeres y Hombres en Delitos RPA del acápite II).

Por otro lado, es posible advertir que si bien la proporción de ingresos en los delitos cometidos por mujeres en relación a los hombres van desde el 2,5% a casi el 50% de los que éstos cometen (con un 21% de promedio), curiosamente en los cuatro delitos asociados a la mayor cantidad de adolescentes ingresados, la participación de las mujeres se acerca a la mitad de la de los hombres, lo cual podría dar cuenta de lo habitual que resultan la ejecución de hurtos, la comisión de lesiones y la realización de amenazas para los jóvenes infractores, con un menor peso del género en este tipo de casos.

Del mismo modo, llama la atención la mayor diferencia porcentual que se produce entre hombres y mujeres en su ingreso por determinados delitos, tales como el porte de arma cortante o punzante del artículo 288 bis del Código Penal, y el robo en bienes nacionales de uso público o en sitio no destinado a la habitación, en que los datos señalan que se imputa a los hombres una participación del 97% en dichas conductas.

En cuanto al rango etario, se observa que el 68% de los ingresos en delitos RPA corresponden a jóvenes que se encuentran entre los 16 y 17 años de edad, mientras que el 32% restante atañe al grupo de 14 y 15 años. Al igual que en el caso anterior referido a la variable género, este resultando es el mismo y continúa la tendencia observada frente al total de delitos RPA (véase tabla Imputados Ingresados en Delitos RPA por Tramo Etario del acápite II).

Asimismo, no se evidencia ningún delito de los 19 con mayor frecuencia de imputados adolescentes, en que la categoría de 14 y 15 años prime por sobre el rango de 16 y 17, confrontándose incluso, que en todos los casos, esta segunda categoría al menos duplica en cantidad a la primera, lo que demuestra fehacientemente que son los jóvenes que se encuentran más alejados de la infancia, estando próximos a la adultez, y por consiguiente, a pasar de ser infractores adolescentes a adultos sancionados por la legislación penal común, quienes presentan una mayor frecuencia de ingresos por estos ilícitos.

IV. Imputados RPA ingresados según institución remitora por año

Entre los años 2010 a 2012, del total de 201.537 imputados ingresados, se registra que la mayor cantidad de los mismos fue derivado por Carabineros de Chile, con una cifra que ha permanecido con poca variación entre los años 2010, 2011 y 2012 y que da un total de 178.809, lo que equivale al 89% de los ingresos vía esa institución.

El porcentaje de ingresos disminuye al 5,4% aproximadamente, tratándose de la Policía de Investigaciones y a un 2,6% en el caso de los Juzgados de Garantía, valores que en general se mantienen estables en los tres años estudiados, tal como lo demuestra la siguiente tabla:

Imputados RPA ingresados según institución remitora, 2010-2012.				
	2010	2011	2012	Total
Carabineros	55.502	65.739	57.568	178.809
Investigaciones	3.442	3.688	3.675	10.805
Juzgado de Garantía	1.555	1.823	1.977	5.355
Misma fiscalía	913	801	759	2.473
Otro tribunal con competencia criminal	345	388	279	1.012
Gendarmería	99	151	219	469
Querrela o denuncia de instituciones	90	109	140	339
Armada de Chile	14	5	24	43
Otra fiscalía	3	20	8	31
Min. RR.EE.	0	2	0	2
Otras instituciones	629	734	836	2.199
Total	62.592	73.460	65.485	201.537

V. Imputados RPA ingresados con audiencia de control de detención según delito por año

En cuanto a los infractores adolescentes ingresados con audiencia de control de detención, cabe señalar que el registro más alto en este ítem corresponde a los delitos contra la propiedad, reuniendo así, el hurto falta, hurto simple, la receptación, el robo con intimidación, el robo en lugar habitado, el robo en lugar no habitado, el robo en bienes nacionales de uso público, el robo con violencia, y el robo por sorpresa, el 63% de los delitos cometidos por adolescentes que ingresan con audiencia de control de detención, lo que nos lleva a concluir que los hurtos y los robos tienen una mayor probabilidad de ingresar por este tipo de vía, encontrando aquello una posible explicación en que justamente por el modus operandi de dichos ilícitos, constituyen algunos de los casos con mayor probabilidad de sorprender al infractor en una situación de flagrancia.

Lo anterior, tiene relación y aparece corroborado con las cifras ya estudiadas, relativas a los delitos que registran una mayor cantidad de ingresos, entre los cuales mencionamos a los hurtos y los robos como unos de los delitos que mayormente cometen los adolescentes, lo que explica que además, ellos constituyan el porcentaje más alto de delitos que pasan a audiencia de control de detención.

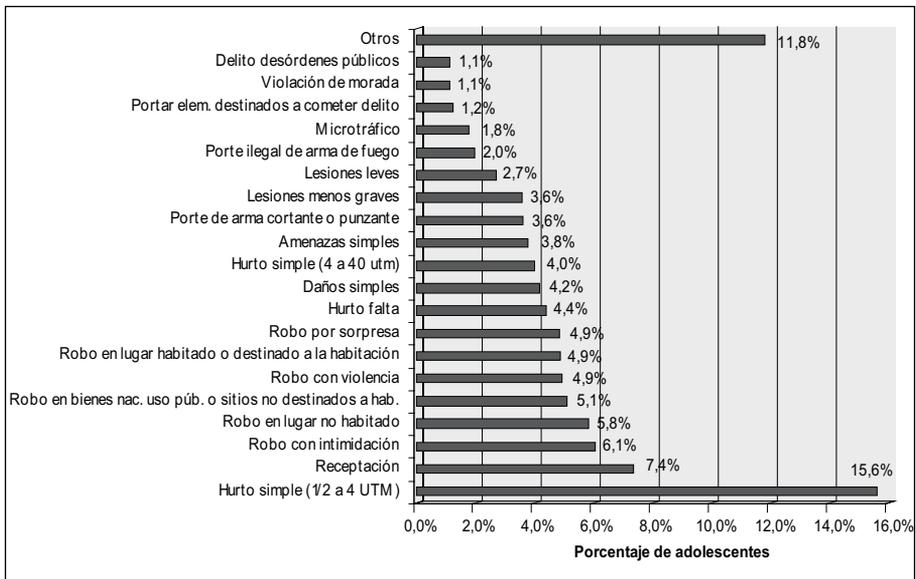
En la tabla que se acompaña a continuación, se efectúa un desglose por año de los delitos que principalmente cometen los adolescentes que ingresan con audiencia de control de detención, observándose que en el año 2012, 30.644 imputados adolescentes ingresaron por esta vía y que casi en la totalidad de los casos el porcentaje de ingresos fue en aumento año a año:

Imputados RPA ingresados con audiencia de control de detención - ACD, 2010-2012					
	2010	2011	2012	Total	%
HURTO SIMPLE POR UN VALOR DE MEDIA A 4 UTM	3.737	4.561	4.759	13.057	15,6%
RECEPTACIÓN. ART. 456 BIS A	1.765	2.073	2.319	6.157	7,4%
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC 1° 438	1.654	1.669	1.755	5.078	6,1%
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442	1.463	1.736	1.677	4.876	5,8%
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB	1.366	1.423	1.468	4.257	5,1%
ROBO CON VIOLENCIA	1.252	1.417	1.461	4.130	4,9%
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440	1.201	1.239	1.632	4.072	4,9%
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2°	1.433	1.367	1.259	4.059	4,9%
HURTO FALTA 494 BIS CÓDIGO PENAL	1.101	1.359	1.217	3.677	4,4%
DAÑOS SIMPLES. ART. 487	882	1.269	1.346	3.497	4,2%
HURTO SIMPLE POR UN VALOR DE 4 A 40 UTM	864	1.078	1.413	3.355	4,0%
AMENAZAS SIMPLES CONTRA PERSONAS Y PROPIEDADES ART. 296 N°3	823	1.068	1.261	3.152	3,8%
PORTE DE ARMA CORTANTE O PUNZANTE (288 bis)	889	996	1.139	3.024	3,6%
LESIONES MENOS GRAVES	805	1.062	1.122	2.989	3,6%
LESIONES LEVES	648	799	820	2.267	2,7%
PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO, MUNIC. Y OTR. SUJETAS A CONTROL	397	603	648	1.648	2,0%
MICROTRÁFICO (TRÁFICO DE PEQUEÑAS CANTID. ART. 4 LEY 20000)	413	449	623	1.485	1,8%
PORTAR ELEMENTOS CONOCIDAMENTE DESTINADOS A COMETER DELITO	228	339	468	1.035	1,2%
VIOLACIÓN DE MORADA. ART. 144	306	320	316	942	1,1%
DELITO DESÓRDENES PÚBLICOS ART. 269 (NO FALTA DEL CÓD 13035)	177	474	286	937	1,1%
ROBO DE VEHICULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	222	213	337	772	0,9%
OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	316	217	209	742	0,9%
LESIONES GRAVES	242	254	238	734	0,9%
HOMICIDIO	144	167	172	483	0,5%
CONSUMO/PORTE EN LUGARES PÚBL. O PRIV. CON PREVIO CONCIERTO	142	164	138	444	0,5%
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS ART. 3 LEY N°20.000	157	126	148	431	0,5%
MALTRATO DE OBRA A CARAB ART. 416 BIS COD DE JUST MILITAR	23	149	215	387	0,5%
AMENAZAS CONDIC. CONTRA PERSONAS Y PROP. ART. 296 1 y 2, 297	74	103	158	335	0,4%
DAÑO FALTA (495 N°21 Código Penal)	45	124	140	309	0,4%
TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO, MUNIC. Y OTROS SUJ. A CONT.	83	129	89	301	0,4%
OTROS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD	77	99	96	272	0,3%
DAÑOS CALIFICADOS. ART. 485 Y 486	73	105	68	246	0,3%
AMENAZAS A CARABINEROS	40	71	113	224	0,3%
OTROS DELITOS CONTRA LA LEY DEL TRÁNSITO	50	98	57	205	0,2%
OTROS HECHOS	43	88	61	192	0,2%
HURTO SIMPLE POR UN VALOR SOBRE 40 UTM	50	65	73	188	0,2%
DESACATO (Art. 240 Código de Procedimiento Civil)	47	61	79	187	0,2%
DESÓRDENES EN ESPECTÁCULOS PÚBLICOS 494 N°1 CÓDIGO PENAL	40	64	61	165	0,2%
ARROJAMIENTO DE PIEDRAS U OTROS OBJETOS (496 N°26 Cód.Penal)	37	66	60	163	0,2%
PORTE DE ARMAS PROHIBIDAS ART. 14	60	32	65	157	0,2%
AMENAZA CON ARMA (FALTA) ART. 494 N°4 CÓDIGO PENAL	48	51	47	146	0,2%
USURPACIÓN DE NOMBRE. ART. 214	32	45	66	143	0,2%
OTROS DELITOS VARIOS	821	931	978	2730	3,3%
Total	24.270	28.723	30.657	83.650	100%

Igualmente, resulta relevante verificar lo que ocurre con delitos más graves, tales como el homicidio, el que de acuerdo a la tabla precedente corresponde a un 0,5% de los adolescentes que ingresan mediante audiencia de control de detención, lo que si bien podría reflexionarse precipitadamente, es una cifra bastante baja, efectuando un análisis más cuidadoso, se advierte que ello corresponde a un importante número de los ingresos por el delito de homicidio, tipo penal que el año 2010 registró 204 imputados RPA, 205 el año 2011, y 210 el año 2012, de manera tal que el 78% de los adolescentes ingresados por este delito lo hacen por este vía. Por tanto, que los adolescentes imputados por el delito de homicidio representen un 0,5% del total de ingresos por audiencia de control de detención, se explica por el bajo porcentaje de ingreso total de dicho delito, y no porque se trate de un ilícito en que los imputados no lleguen a dicha audiencia, pues al contrario, y tal como se señaló, un 78% de los adolescentes imputados por homicidio son ingresados con audiencia de control de detención.

El siguiente gráfico proporciona una panorámica general que ilustra el porcentaje de adolescentes que fueron objeto de audiencia de control de detención durante los años 2010 a 2012, desagregado por delito:

ADOLESCENTES INGRESADOS CON AUDIENCIA DE CONTROL DE DETENCIÓN POR DELITO, 2010 A 2012



VI. Imputados formalizados según categoría de delito por año

Analizado el escenario relativo a los adolescentes ingresados con audiencia de control de detención, resulta relevante, a continuación, dar un paso más,

para verificar lo que ocurre en materia de formalización de los adolescentes infractores, de manera de poder determinar aquellos delitos en que se produce una mayor concentración y la evolución que se ha dado entre los años 2010 a 2012 al respecto, todo lo cual se consigna en la siguiente tabla:

Imputados RPA formalizados, 2010-2012					
	2010	2011	2012	Total	%
ROBOS (violentos)	4.243	4.184	3.892	12.319	16,8%
ROBOS NO VIOLENTOS	3.813	3.818	3.604	11.235	15,3%
HURTOS	3.436	4.097	3.622	11.155	15,2%
OTROS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD	3.020	3.597	3.500	10.117	13,8%
LESIONES	2.288	2.614	2.406	7.308	10,0%
OTROS DELITOS	1.719	2.126	1.941	5.786	7,9%
DELITOS CONTRA LIB. E INTIMIDAD DE LAS PERSONAS	1.404	1.637	1.802	4.843	6,6%
FALTAS	1.183	1.399	1.197	3.779	5,1%
DELITOS LEY DE DROGAS	624	656	806	2.086	2,8%
DELITOS DE LEYES ESPECIALES	563	686	691	1.940	2,6%
DELITOS SEXUALES	453	434	452	1.339	1,8%
HOMICIDIOS	191	192	183	566	0,8%
DELITOS LEY DE TRÁNSITO	144	176	185	505	0,7%
DELITOS ECONÓMICOS	71	55	59	185	0,3%
CUASIDELITOS	38	56	42	136	0,2%
DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA	32	50	46	128	0,2%
DELITOS FUNCIONARIOS	5	2	3	10	0,0%
Total	23.227	25.779	24.431	73.437	100%

Como se observa, los delitos que concentran un mayor porcentaje de adolescentes formalizados son aquellos que afectan al bien jurídico propiedad, específicamente, los robos violentos, los robos no violentos y los hurtos, los cuales agrupan un 47% de los adolescentes formalizados. Lo anterior, está en completa armonía con las cifras de ingresos que hemos desarrollado, en que la mayor cantidad se produce justamente en el catálogo de los delitos de hurto, robos no violentos y robos violentos, los que constituyen un porcentaje considerable de los ingresos, por lo tanto, es posible concluir que un importante número de los adolescentes que cometen dichos delitos y que ingresan al Ministerio Público, son posteriormente formalizados por los mismos.

En atención a que constituye la afectación de uno de los bienes jurídicos más relevantes, cual es, la vida, nos detendremos nuevamente en este apartado en el delito de homicidio, siendo indispensable mencionar al respecto que, a pesar de que éste representa tan sólo un 0,8% de los imputados RPA formalizados, dicha cantidad equivale a casi el 100% de los delitos de homicidio cometidos por adolescentes; así, de 204 adolescentes ingresados por delitos de homicidio el año 2010, se formalizó a 191 (un 94% de los ingresados); de 205 correspondientes al año 2011, se formalizó a 192 (un 94% de los ingresados); y de 210 ingresos del año 2012 se formalizó a 183 (un 87% de los ingresados),

todo lo cual da cuenta de que el Ministerio Público realiza la importancia en la persecución penal de este tipo de delitos de la mayor gravedad.

VII. Imputados sometidos a internación provisoria, por delito, edad, sexo y año

Un punto fundamental para determinar el escenario de la persecución penal de adolescentes infractores, es determinar cuántos de los infractores juveniles quedan sujetos a internación provisoria, los delitos y el género en que ello ocurre más frecuentemente, y la evolución que se ha dado al respecto en los tres años que concentra el presente estudio. Para dar respuesta a estas interrogantes, se confeccionó la siguiente tabla que desglosa por sexo, edad, año y delito, los casos de imputados adolescentes sometidos a internación provisoria:

	Imputados ingresados sometidos a internación provisoria, 2010-2012												Total adolescentes por delito
	2010				2011				2012				
	Femenino		Masculino		Femenino		Masculino		Femenino		Masculino		
	14-15	16-17	14-15	16-17	14-15	16-17	14-15	16-17	14-15	16-17	14-15	16-17	
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC 1° 438.	4	13	172	397	16	9	153	375	4	17	163	365	1.688
ROBO CON VIOLENCIA	17	21	109	330	11	13	99	316	11	9	104	302	1.342
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440	3	7	102	265	4	13	77	200	4	12	88	277	1.052
HOMICIDIO	1	2	14	72	0	1	14	71	0	2	22	66	265
RECEPTACIÓN. ART. 456 BIS A	3	3	25	66	0	4	14	46	0	2	37	58	258
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS ART. 3 LEY N°20.000.	3	9	14	32	3	4	8	22	1	3	6	24	129
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2°	1	4	7	25	1	3	6	35	0	1	10	31	124
PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO, MUNIC.Y OTR.SUJETAS A CONTROL	0	1	4	31	0	0	4	27	1	0	5	30	103
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	1	1	13	17	0	1	12	19	0	0	6	23	93
HURTO SIMPLE POR UN VALOR DE MEDIA A 4 UTM	0	15	6	18	0	0	3	13	0	1	3	11	70
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB	0	0	13	9	0	0	11	20	0	1	3	13	70
AMENAZAS SIMPLES CONTRA PERSONAS Y PROPIEDADES ART. 296 N°3.	0	0	7	16	1	1	4	12	1	0	5	16	63
LESIONES GRAVES	0	0	4	13	1	1	2	15	0	0	6	18	60
LESIONES MENOS GRAVES	0	1	4	14	1	1	3	15	0	1	1	17	58
VIOLACIÓN DE MENOR DE 14 AÑOS. ART. 362.	0	0	10	12	0	0	7	10	0	0	5	7	51
OTROS DELITOS (agrupación)	12	17	60	172	7	18	60	133	2	6	56	174	717
Total	45	94	564	1.489	45	69	477	1.329	24	55	520	1.432	6.143

Lo primero que habría que señalar es que, de los 201.537 adolescentes ingresados durante el período 2010 a 2012, sólo a un 3% de los jóvenes infractores

se les aplicó esta medida. Estas cifras son perfectamente coherentes y coincidentes con la aplicación de prisión preventiva en adultos, en tanto en esos casos el porcentaje de prisiones preventivas aplicadas representan un 3%, en relación a los imputados conocidos (I.C.).

En cuanto a los delitos, como se muestra en la tabla precedente²², es posible advertir que dentro de la categoría de los robos violentos son el *robo con intimidación* y el *robo con violencia*, los que concentran el mayor número de imputados que quedan sometidos a internación provisoria con 3.030 sujetos. Ahora bien, no debe confundirse el hecho de que esos delitos concentren el mayor porcentaje de imputados sujetos a esa medida, con la idea de que todos o la gran mayoría de los adolescentes que ejecutan esas conductas quedan sometidos a internación provisoria; por el contrario, esos ilícitos ocupan la primera posición de la tabla en atención a que constituyen unos de los delitos que registran los mayores porcentajes de ingresos, mostrando las cifras que sólo al 28% de los infractores que cometió este tipo de robos violentos se les aplicó dicha medida.

Por su parte, dentro de los *robos no violentos*, se verifica un porcentaje exiguo en su aplicación, así, en el caso del *robo en lugar no habitado* sólo un 1,5% de los infractores adolescentes ingresados en dicho período quedó en internación provisoria, mientras que en el delito de *robo en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a habitación*, el porcentaje disminuye a 1,1%. Esto implica, desde otra perspectiva, que aproximadamente el 98% de los adolescentes que ejecutan estos hechos punibles queda sujeto a medidas cautelares de menor intensidad, o a ninguna.

Resulta indispensable incluir en este análisis, el escenario de la aplicación de la internación provisoria respecto de los delitos violentos, por lo que nos detendremos en algunos delitos tales como, el *robo con homicidio*, el *secuestro*, y la *violación de menor de 14 años*²³, por tratarse de conductas graves, violentas y altamente lesivas a bienes jurídicos que requieren la máxima protección penal. Al cotejar los datos obtenidos, se comprueba que aún en aquellos delitos de mayor gravedad, en un moderado porcentaje –o incluso un mínimo en algu-

22 Cabe señalar que en la confección de la presente tabla no se siguió el catálogo de familias de delitos contemplado en el Boletín Estadístico Anual del Ministerio Público, toda vez que para una mejor comprensión de esta materia se estimó más adecuado presentar la información de acuerdo a los tipos penales, considerando aquellos que registran una mayor cantidad de imputados RPA ingresados sometidos a Internación Provisoria. Asimismo, se estableció un punto de corte en aquellos delitos que presentaron 50 ingresos de adolescentes o menos durante los tres años que cubrió el estudio.

23 Por motivos de espacio, los delitos de robo con homicidio, secuestro y otros, a los cuales se hace referencia en este apartado fueron dejados subsumidos en la categoría “Otros Delitos (agrupación)”, en tanto presentan menos de 50 adolescentes sometidos a la medida en el lapso de los tres años del estudio, representando cada uno menos de un 1% del total de adolescentes sometidos a internación provisoria.

nos casos—, los infractores que cometen estos hechos punibles quedan sujetos a internación provisoria. Así, se verifica que en las causas por robo con homicidio (61 adolescentes ingresados durante el período), tan sólo el 54% de los adolescentes fue objeto de internación provisoria; en los casos de *secuestro* del artículo 141 del Código Penal (42 sujetos), un 41% de los imputados quedó con la medida; y por último, el caso más dramático está representado por las causas relativas al delito de *violación de menor de 14 años* del artículo 362 Código Punitivo (1001 sujetos), en que sólo la exigua cantidad del 5% de los jóvenes quedó en internación provisoria, cifra que da cuenta de que aún en este grave delito, en el cual se ven afectados bienes jurídicos tan valiosos como la libertad e indemnidad sexual de un menor de edad, el 95% de los sujetos quedan sujetos a medidas cautelares de menor entidad, o a ninguna.

Respecto al género, se aprecia una clara distancia entre hombres y mujeres, comprobándose que en el período 2010 a 2012, el 95% de los sujetos a quienes se les aplicó esta medida eran hombres, mientras que tan sólo el 5% corresponde a mujeres.

Interiorizándonos en los delitos, vemos reflejada la proporción referida, de esta forma, en el caso del *robo con intimidación* y del *robo con violencia*, los hombres registran el 95% de aplicación de internación provisoria, mientras que las mujeres el 5% de la misma. Esta diferencia se incrementa respecto de los delitos violentos, en que tratándose de los ilícitos de homicidio simple, homicidio calificado, homicidio en riña, violación, robo calificado, secuestro simple y calificado, y violación con homicidio, el 97% de los hombres y el 3% de las mujeres fueron sometidos a internación provisoria. Es interesante destacar en este punto que ninguna mujer fue objeto de internación provisoria por los delitos de homicidio en riña, violación, secuestro simple y calificado, robo con violación, robo con retención, y violación con homicidio, lo que se podría explicar por la baja o, en algunos casos, ausencia de ingresos de mujeres en estos delitos.

Esta considerable diferencia entre hombres y mujeres, se explica y aparece corroborada por lo señalado en el acápite II de este estudio, en que verificamos que el 80% de los adolescentes que ingresan al Ministerio Públicos son hombres, siendo éstos además, quienes cometen los delitos de mayor gravedad.

En relación al tramo etario, es posible distinguir que la mayor cantidad de internación provisoria se produce en el rango de 16 y 17 años, tanto en hombres como en mujeres, registrándose un 73% de aplicación en ese tramo, en contraposición al 27% del rango 14 y 15 años. Esto es concordante con lo mencionado en párrafos anteriores, en que evidenciamos que es en la época de 16 y 17 años, en que se concentran mayormente las conductas delictivas; aún más, se advierte que en ese rango de edad, aumentan a casi el doble las conductas constitutivas de delitos violentos comparadas con el tramo 14 y 15,

lo que podría dar cuenta de que en el primer contacto del adolescente con el sistema, las sanciones impuestas, la ejecución, y responsabilización perseguida por el legislador, quizás no resulten del todo adecuadas ni suficientes para impedir la reiteración de conductas delictivas por parte de aquellos, y su plena integración social.

VIII. Imputados sometidos a alguna medida cautelar del artículo 155 del Código Procesal Penal según tipo de medida, delito, edad, sexo y año

En atención a que la medida de internación provisoria resulta ser aplicable sólo para casos calificados, y cuando no sea posible garantizar el éxito de las diligencias de investigación, la seguridad de la sociedad, la protección del ofendido, o la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento con alguna de las medidas del artículo 155 del Código Procesal Penal, resulta indispensable proceder justamente al estudio de lo que ocurre con las medidas cautelares del artículo 155, que son aquellas que reciben una mayor aplicación en el sistema.

La siguiente tabla da cuenta de la cantidad de imputados RPA y tipo de medidas cautelares del artículo 155 aplicadas durante los años 2010 a 2012:

Imputados sometidos a alguna medida cautelar del Art. 155 del CPP, por tipo de medida y año.				
	2010	2011	2012	Total
Sujeción a vigilancia. 155 letra b)	3.699	4.333	4.071	12.103
Presentarse ante autoridad. 155 letra c)	1.829	1.669	1.267	4.765
Prohibición salir de territorio. 155 letra d)	1.555	1.445	1.317	4.317
Prohibición aprox. víctima. 155 letra g)	863	1.264	1.284	3.411
Privación de Libertad. 155 letra a)	297	339	373	1.009
Prohibición asistir a lugares. 155 letra e)	100	159	124	383
Prohibición de comunicarse. 155 letra f)	27	52	35	114
Total	8.370	9.261	8.471	26.102

Como se puede observar, durante el período 2010 a 2012 se aplicó a 26.102 adolescentes alguna de las medidas contempladas en el artículo 155 del Código Procesal Penal, lo que implica que sólo a un 13% de los jóvenes infractores les fue impuesta una cautelar, observándose cierta estabilidad en las cifras, en cuanto éstas no varían mayormente de un año a otro.

Dentro de las siete medidas contempladas por el artículo 155 del Código Procesal Penal, la que más se aplicó a los adolescente imputados fue la sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, con un 46%; ésta es seguida por la establecida en el artículo 155 letra c), esto es, la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare, con un 18%; mientras que la menos utilizada fue la prohibición de comunicarse con personas determinadas, con tan sólo un 0,4%.

En el cuadro que se acompaña a continuación se agregó un factor adicional a los contemplados en la tabla recientemente analizada, pudiendo cotejarse por año la situación relativa a la aplicación de las medidas cautelares del artículo 155 del Código Procesal Penal, conforme al tipo de medida, la edad, y el sexo de los adolescentes, todo lo cual permite obtener un escenario global al respecto:

Imputados sometidos a alguna medida cautelar del Art. 155 CPP, por tipo de medida, edad y sexo del imputado, 2010-2012.										
	Mujer			Hombre			Total	Porcentajes		
	14 - 15	16 - 17	Subtotal	14 - 15	16 - 17	Subtotal		%	♀	♂
Sujeción a vigilancia. 155 letra b)	445	614	1.059	3.759	7.285	11.044	12.103	46,4	8,7	91,3
Presentarse ante autoridad. 155 letra c)	114	269	383	1.214	3.168	4.382	4.765	18,3	8,0	92,0
Prohibición salir de territorio. 155 letra d)	123	291	414	1.097	2.806	3.903	4.317	16,5	9,6	90,4
Prohibición aprox. víctima. 155 letra g)	156	311	467	897	2.047	2.944	3.411	13,1	13,7	86,3
Privación de Libertad. 155 letra a)	23	47	70	290	649	939	1.009	3,9	6,9	93,1
Prohibición asistir a lugares. 155 letra e)	9	33	42	93	248	341	383	1,5	11,0	89,0
Prohibición de comunicarse. 155 letra f)	10	16	26	26	62	88	114	0,4	22,8	77,2
Total	880	1581	2461	7376	16265	23641	26102	100	9,4	90,6

A partir de esta tabla, se aprecia que es a los hombres a quienes se aplica la mayor cantidad de medidas cautelares, con un 91%, mientras que las mujeres quedan sujetas a alguna medida sólo en un 9%, no existiendo incluso, alguna medida cautelar que se aplique más a las mujeres que a los hombres. Esta distante relación se mantiene respecto de cada una de las medidas cautelares, así, tratándose por ejemplo de la más aplicada a adolescentes, cual es, la sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, a los hombres se les impone en un 42%, en tanto a las mujeres en sólo un 4%.

En relación al rango de edad, la aplicación de las medidas cautelares se duplica en el tramo 16 y 17 años, en relación con la imposición dentro del rango 14 y 15 años, lo que se explica conforme a lo que hemos señalado, en torno a que la mayor cantidad de imputados adolescentes que ingresa al Ministerio Público, está justamente entre los 16 y 17 años de edad, cifra que está acorde además, con la imposición de la medida cautelar de internación provisoria,

cuya mayor aplicación se da en dicho tramo, por tanto, se trata de adolescentes que tienen la aptitud suficiente y el pleno conocimiento y dominio de sus actos, pudiendo decidir racionalmente continuar o no con la conducta delictiva, y cumplir o quebrantar la medida cautelar impuesta.

IX. Tipos de términos aplicados por delito, región, edad, sexo y año

Es indispensable incluir en este estudio, los tipos de términos aplicados en materia de responsabilidad penal adolescente, con el objetivo de determinar cuáles son las salidas más frecuentes que se dan en este ámbito, pudiendo con ello corroborar o discrepar con una de las hipótesis comúnmente levantadas por parte de la comunidad respecto a la infracción penal adolescente, cual es, que los adolescentes, por regla general, no reciben mayor sanción.

La siguiente tabla grafica los tipos de término aplicados durante el período 2010 a 2012, desagregados conforme a las variables de sexo y tramo etario:

Términos aplicados RPA por sexo y tramo etario, 2010-2012									
Tipo de término	Mujeres			Hombres			Total		
	14 - 15	16 - 17	Subtotal	14 - 15	16 - 17	Subtotal	14 - 15	16 - 17	Total
Sentencia definitiva condenatoria	2.456	6.542	8.998	13.830	42.099	55.929	16.286	48.641	64.927
Sentencia definitiva absolutoria	38	125	163	544	1.233	1.777	582	1.358	1.940
Sobreseimiento definitivo	589	654	1.243	2.040	3.394	5.434	2.629	4.048	6.677
Sobreseimiento temporal	98	183	281	120	362	482	218	545	763
Suspensión condicional del procedimiento	3.378	5.883	9.261	12.902	25.634	38.536	16.280	31.517	47.797
Acuerdo reparatorio	305	608	913	1.287	3.866	5.153	1.592	4.474	6.066
Facultad para no investigar	1.696	1.350	3.046	3.195	3.731	6.926	4.891	5.081	9.972
Subtotal Términos judiciales	8.560	15.345	23.905	33.918	80.319	114.237	42.478	95.664	138.142
Archivo provisional	3.092	4.756	7.848	8.217	18.169	26.386	11.309	22.925	34.234
Decisión de no perseverar	402	785	1.187	2.278	5.558	7.836	2.680	6.343	9.023
Principio de oportunidad	2.503	5.961	8.464	7.348	22.685	30.033	9.851	28.646	38.497
Incompetencia	1.815	327	2.142	4.051	1.608	5.659	5.866	1.935	7.801
Subtotal Términos no judiciales	7.812	11.829	19.641	21.894	48.020	69.914	29.706	59.849	89.555
Anulación administrativa	26	46	72	132	415	547	158	461	619
Agrupación a otro caso	445	766	1.211	1.692	3.415	5.107	2.137	4.181	6.318
Otras causales de término	42	86	128	240	485	725	282	571	853
Otras causales de suspensión	4	12	16	76	120	196	80	132	212
Subtotal Otros términos	517	910	1.427	2.140	4.435	6.575	2.657	5.345	8.002
Total	16.889	28.084	44.973	57.952	132.774	190.726	74.841	160.858	235.699

En primer lugar, se aprecia que la mayor cantidad de términos corresponden a términos judiciales, los que alcanzan un 59%, mientras que los términos no judiciales constituyen un 38% del total de términos, y otros tipos de término un 3%.

Dentro de los términos judiciales, el mayor porcentaje está constituido por las sentencias condenatorias, que representan un 47% del total de este tipo de salidas, concentrándose mayormente estos porcentajes en las regiones de Valparaíso, del Biobío, y Metropolitana, lo que se explica por alta cantidad de ingresos que registran dichas regiones.

Este tipo de término es seguido por las salidas alternativas, las que suman un 39%, y entre las cuales la más aplicada es la suspensión condicional del procedimiento con un 89%, dejando sólo con un 11% a los acuerdos reparatorios.

Las sentencias absolutorias equivalen a un 1,4% del total de las salidas judiciales, representando un 0,8% del total de términos, mientras que los sobreseimientos temporales y definitivos suman un 5%, alcanzando en conjunto un 6,4% del total de los términos judiciales, En este punto, cabe señalar que el sobreseimiento definitivo recibe un 90% de aplicación, dejando en el 10% restante al sobreseimiento temporal.

Luego, la facultad para no iniciar investigación representa un 7% del total de los términos judiciales, teniendo más aplicación esta facultad que el sobreseimiento definitivo, que el sobreseimiento temporal, y que los acuerdos reparatorios.

Por su parte, dentro de los términos no judiciales, es el principio de oportunidad el que se erige como la forma de término más utilizada con un 42%, seguido por el archivo provisional con un 38%, verificándose que se trata de porcentajes bastantes similares, alejándose por el contrario, la decisión de no perseverar, que sólo tiene un 10%.

En cuanto al tramo etario, puede observarse que la mayor cantidad de tipos de términos, ya sea judiciales, como no judiciales, se produce en el rango 16 y 17 años, inclusive, en el caso de las sentencias definitivas condenatorias la cantidad en ese tramo parece cercana triplicarse con respecto a la cantidad que contempla el rango 14 y 15 años. Esta diversa proporción que se produce entre los 14 y 15 años, y los 16 y 17, es coincidente con lo que hemos evidenciado en torno a que la mayor cantidad de ingresos se produce justamente en ese tramo etario.

En relación al género, este ítem también se muestra coincidente con lo que hemos asentado en cuanto a la diferencia que se produce respecto al sexo, registrándose una distancia incluso de hasta cinco veces entre los términos judiciales aplicados a los hombres que a las mujeres, concentrando los primeros el 83% de los términos judiciales, mientras que las mujeres sólo el 17%. Esta diferencia se mantiene en cada uno de los tipos de términos, así, por ejemplo, en las sentencias condenatorias los hombres registran un 86% y las mujeres un 14%. Lo mismo se produce tratándose de los términos no judiciales, en que se triplica la aplicación de los mismos en los hombres versus las mujeres.

X. Tipo de sentencia definitiva condenatoria por delito, edad, sexo y año

Respecto de la sentencia definitiva condenatoria, resulta interesante desglosar este tipo de término, con el objeto de intentar conocer la edad, el género y el tipo de delito que de forma predominante termina en esta salida.

Tipo de Sentencia Condenatoria Definitiva por delito, edad y sexo, 2012.					
	Sentencia definitiva condenatoria				Total
	Mujer		Hombre		
	14 - 15	16 - 17	14 - 15	16 - 17	
HURTO SIMPLE POR UN VALOR DE MEDIA A 4 UTM	306	618	499	1.252	2.675
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC 1° 438.	58	54	732	1.299	2.143
RECEPTACIÓN. ART. 456 BIS A	30	49	433	1.052	1.564
HURTO FALTA 494 BIS CÓDIGO PENAL	63	396	81	900	1.440
ROBO CON VIOLENCIA	66	62	411	855	1.394
CONSUMO/PORTE EN LUGARES PÚBL. O PRIV. CON PREVIO CONCIERTO.	6	87	38	1.062	1.193
LESIONES LEVES	32	290	54	814	1.190
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440	21	40	409	716	1.186
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	11	34	362	729	1.136
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB	4	9	290	640	943
HURTO SIMPLE POR UN VALOR DE 4 A 40 UTM	108	201	186	389	884
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2°	19	30	246	529	824
PORTE DE ARMA CORTANTE O PUNZANTE (288 bis)	1	12	117	402	532
DAÑOS SIMPLES. ART. 487.	11	34	116	283	444
AMENAZAS SIMPLES CONTRA PERSONAS Y PROPIEDADES ART. 296 N°3.	20	23	82	249	374
CONSUMO/PORTE DE DROGAS EN LUGARES CALIFICADOS (ART.51)	1	27	12	312	352
LESIONES MENOS GRAVES	6	25	54	220	305
MICROTRÁFICO (TRÁFICO DE PEQUEÑAS CANTID. ART. 4 LEY 20000)	7	56	49	192	304
PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO, MUNIC.Y OTR.SUJETAS A CONTROL	0	4	60	207	271
PORTAR ELEMENTOS CONOCIDAMENTE DESTINADOS A COMETER DELITO D	2	2	52	181	237
ROBO DE VEHICULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	0	1	66	150	217
LESIONES GRAVES	1	8	36	128	173
HOMICIDIO	1	4	30	128	163
OTROS DELITOS DE LA LEY 20.000	1	12	6	116	135
DAÑO FALTA (495 N°21 Código Penal)	6	11	12	103	132
VIOLACIÓN DE MORADA. ART. 144	1	3	32	94	130
RIÑA PÚBLICA 496 N°10 CÓDIGO PENAL	4	26	11	68	109
DELITO DE DESÓRDENES PÚBLICOS ART. 269 (NO FALTA DEL CÓD 13035)	1	13	11	75	100
OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	1	8	27	64	100
VIOLACIÓN DE MENOR DE 14 AÑOS. ART. 362.	0	0	29	40	69
ABUSO SEXUAL IMPROPIO DE MENOR DE 14 AÑOS. ART. 366 QUATER	6	0	21	20	47
ABUSO SEXUAL MENOR DE 14 AÑOS (CON CONTACTO)ART 366 BIS	0	0	21	16	37
HOMICIDIO CALIFICADO	0	6	9	5	20
ROBO CON HOMICIDIO	0	1	6	8	15
ROBO CON RETENCIÓN DE VÍCTIMAS O CON LESIONES GRAVES	0	0	3	10	13
VIOLACIÓN DE MAYOR DE 14 AÑOS. ART. 361.	0	0	2	8	10
ABUSO SEX MAYOR 14/MENOR 18 CON CIRCUNS ESTUPRO ART 366 INC2	0	0	5	2	7
HOMICIDIO EN RIÑA O PELEA	0	0	1	6	7
CONSUMO DE DROGAS (ART. 41)	0	1	0	6	7
ABUSO SEXUAL DE MAYOR DE 14 (CON CIRC. DE VIOLACIÓN) ART 366	0	0	0	6	6
ABUSO SEX IMPPIO MAYOR 14/MENOR 18 (S/CONTAC CORP)ART366 INC4	0	0	4	1	5
LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS. ART. 397 N°1	0	0	3	2	5
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.	0	0	2	3	5
SECUESTRO. ART. 141	0	0	0	4	4
INFANTICIDIO	2	1	0	1	4
ABORTO CONSENTIDO	1	2	0	0	3
HURTO SIMPLE	0	0	0	2	2
ABUSO SEXUAL CALIFICADO (CON OBJETOS O ANIMALES)ART.365 BIS	0	0	0	1	1
HURTO AGRAVADO (ART. 447 CÓDIGO PENAL)	0	0	0	1	1
SECUESTRO CON HOMICIDIO, VIOLACIÓN O LES. ART.141 INC. FINAL	0	0	0	1	1
Otros delitos varios	45	80	177	773	1.075
Total	842	2.230	4.797	14.125	21.994

De las 21.994 sentencias definitivas condenatorias del año 2012, doce delitos representan el 75% de los casos con este tipo de término, concentrándose mayoritariamente en los delitos de hurto simple por un valor de media a 4 UTM; robo con intimidación; receptación; robo con violencia; hurto falta; robo en lugar habitado o destinado a la habitación; lesiones leves; consumo o porte en lugares públicos o privados con previo concierto; robo en lugar no habitado; robo en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación; hurto simple por un valor de 4 a 40 UTM; y robo por sorpresa.

Conclusiones

El presente estudio fue elaborado con la finalidad de obtener una panorámica global respecto a la responsabilidad penal adolescente, que nos permitiera comprender el fenómeno y sus alcances, y a partir de allí elaborar, perfeccionar y desarrollar mecanismos de persecución penal adecuados a nuestra realidad.

En este sentido, y a partir del análisis de la información obtenida, fue posible determinar que la tasa anual de ingreso en materia RPA en promedio supera, de forma estable en los últimos tres años, los 65.000 adolescentes, representando estos aproximadamente un 4,6% del total anual de ingresos del sistema. Asimismo, verificamos que los principales delitos que cometen estos infractores son las faltas, seguidas por las lesiones, y luego por los hurtos; todo lo cual constituye aproximadamente un 50% del total de ingresos RPA.

Por otro lado, en relación al género de quienes cometen estos delitos, logramos corroborar que son los hombres quienes cometen el 80% de los delitos.

En lo relativo al tramo etario, se puede señalar que el 70% de los delitos son cometidos por adolescentes entre los 16 y 17 años, lo cual viene a contradecir la interpretación evolutiva en cuanto a que son los adolescentes de menor edad los más proclives a cometer delito, dado el inicio de los diversos procesos por los cuales atraviesa el adolescente (necesidad de identificación con el grupo de pares, rebeldía social, búsqueda de la identidad, búsqueda de sensaciones, etc.). Adicionalmente, dicho argumento se ve fuertemente cuestionado por el hecho de que los adolescentes que efectivamente cometen delito no sobrepasarían el 5% del total de adolescentes, todos los cuales atraviesan por los mismos procesos.

Igualmente, resultó trascendental comprobar la aplicación real de la medida cautelar de la internación provisoria, materia debatida y cuestionada en algunos foros sin base en la evidencia, constatándose que al contrario de lo que usualmente se sostiene, esta medida es aplicada de manera excepcional, en un bajo porcentaje de los casos, e incluso llama la atención que no se aplique en delitos que, por su gravedad, lesividad y pena asociada, la harían procedente.

Por otro lado, respecto a las instituciones derivadoras de adolescentes, se cumple con el mismo patrón que en el caso general de los adultos, siendo Carabineros de Chile la principal institución, con aproximadamente el 85% de los casos. Este dato resulta relevante, toda vez que destacamos como uno de los principales objetivos del sistema de justicia juvenil el fortalecer la especialización de los diversos actores que intervienen en las causas RPA, procurando con ello que la policía asuma procedimientos de acuerdo a este especial sistema de establecimiento de responsabilidades respecto de los hechos delictuales cometidos por adolescentes, proporcionándoles un trato adecuado y realizando las diversas actuaciones conforme a la Ley N°20.084.

En cuanto a los diferentes tipos de término que se le puede dar a una causa RPA, cabe relevar que en un 59% de los casos se trata de términos judiciales, lo que representa un buen número de respuestas de calidad por parte del sistema ante este tipo de delitos. En este grupo destacan con una alta proporción las sentencias definitivas condenatorias y las suspensiones condicionales del procedimiento, que sumadas representan un 82% de este tipo de términos. En relación a los términos no judiciales, el 81% de estos obedecen a archivo provisional y principio de oportunidad.

Asimismo, fue factible establecer, a partir de las 21.994 sentencias definitivas condenatorias del año 2012, que sólo doce delitos representan el 75% de los casos con este tipo de término, concentrándose éstos en los robos, hurtos, lesiones y consumo o porte de droga.

La información aportada por este estudio que comprende diversos ámbitos de la delincuencia juvenil, proporciona un panorama global de lo que realmente ocurre en la materia, resultando relevante insistir, en atención a que existe una multiplicidad de visiones y opiniones respecto a la infracción penal adolescente, las cuales pueden responder a una visión teórico-política de esta realidad o derivar de concepciones personales basadas en contenidos ideológicos u otros motivos, en la idea de que sólo conociendo, entendiendo y pretendiendo explicar este fenómeno basados en las cifras y en la evidencia, podremos tener una visión más acorde con la realidad que nos permita mejorar continuamente y responder a los desafíos que se plantean en esta materia.

Finalmente, y desde la óptica de la Ley que Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, no podemos dejar de señalar en este punto, que con la entrega de estos resultados se contribuirá además, en la discusión que se está dando en la actualidad en cuanto a la implementación de esta normativa –relativa principalmente a la idoneidad de la sanción, la necesidad de especialización de todos los actores del sistema penal juvenil, la reincidencia en este grupo de jóvenes, el consumo de drogas y/o alcohol y su relación con el delito, la necesidad de visualización de la víctima del delito como la responsabilización y plena integración social del joven infractor, entre otros–, al permitir establecer la realidad actual de la

delincuencia juvenil en determinadas materias, y por tanto, dimensionar algunos ajustes que parezcan relevantes en esta temática tan compleja y sensible para la sociedad y para el futuro de nuestra nación.

Referencias bibliográficas

- Couso, J. y Duce, M. (2013). Juzgamiento penal de adolescentes. Lom Ediciones: Santiago de Chile.
- Instituto Nacional de Estadísticas (INE). Compendio Estadístico 2013. www.ine.cl
- Ley N°20.084. Edición de la Biblioteca del Congreso Nacional.
- Ministerio Público. Boletines Estadísticos Anuales, 2010, 2011, 2012.
- Oficio FN N°483/2009, de fecha 18 de agosto de 2009, Instrucción General que imparte criterios de actuación en materia de Responsabilidad Penal Adolescente, Ley N°20.084 www.fiscaliadechile.cl
- Onetto, I. y Araya, P. (2007). Agresoras Sexuales Femeninas: evaluación retrospectiva de 58 mujeres imputadas por delitos sexuales contra menores en el Servicio Médico Legal entre los años 2000 a 2006.
- Pérez-Luco, R., Lagos, L. y Báez, C. Reincidencia y desistimiento en adolescentes infractores: análisis de trayectorias delictivas a partir de autorreporte de delitos, consumo de sustancias y juicio profesional. *Universitas Psychologica*, 2012. 11(4), 1209-1225.
- Redondo, S. y Andrés Pueyo, A. (2009). La Psicología de la Delincuencia. En *Revista El Observador*, N°4, SENAME.
- Revista 93 (diciembre de 2013), publicación de la Defensoría Penal Pública.
- Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA). Programa de Evaluación Clínica Diagnóstica (ECD). www.senda.gob.cl
- Vera, A. y Maffioletti, F. (2013). La Infracción Penal Adolescente desde un Análisis Histórico y Jurídico. *Revista Jurídica del Ministerio Público de Chile*, N°55, Junio de 2013.

