

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº 71 - DICIEMBRE 2017

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

N° 71 - Diciembre de 2017

Fiscal Nacional y Representante Legal:

Jorge Abbott Charme

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:

Carol Donoso Schwarz

Andrea González Leiva

Soledad Poblete Moya

David Opazo Meneses

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. A partir del año 2016 pasa a tener una periodicidad cuatrimestral.

Contenidos: 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: Catedral 1437, Santiago, Chile.

E-mail: sluco@minpublico.cl

Teléfono: 229659693

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.

Diseño e impresión: Alfredo Molina Flores Impresores

INDICE

PRÓLOGO

I. DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

Artículos

- El Estatuto de la Víctima del delito. La tutela de las víctimas en el Proceso Penal Español 9
Juan Manuel Fernández Aparicio

II. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

- Las penas sustitutivas de la nueva Ley N° 18.216 y su relación con las penas de inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares 43
Yelica Lusic Nadal

III. UNIDAD ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

Artículos

- ¿Qué hacen los Tribunales de Tratamiento de Drogas? Breve revisión de sus fundamentos 63
Álvaro Pérez d'Alençon
Lorena Rebolledo Latorre

IV. UNIDAD DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

Artículos

- Debido proceso legal y control de convencionalidad en el procedimiento de extradición pasiva 83
Álvaro Hernández Ducos

V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DERECHOS HUMANOS, VIOLENCIA DE GÉNERO Y DELITOS SEXUALES

Artículos

- Orientaciones sobre la evaluación pericial de testimonio 123
Sofía Huerta Castro
- Distinción entre Tortura y Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 153
María Angélica San Martín Ponce
- Análisis del Concepto de Empleado Público para la Aplicación de los Tipos Penales de Tortura a los Trabajadores de Organismos Colaboradores del SENAME 177
Gisela Schoenmakers Ruiz

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

Artículos

- “Caso Nora”: primera condena en Juicio Oral por estafa como delito base de lavado de activos 209
Camila Guerrero Martínez
- Reflexiones sobre el secreto bancario, el delito de violación del mismo y la publicidad de los actos del poder judicial 231
Bárbara L. Sanhueza Arancibia

VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

Artículos

- Aspectos jurisprudenciales sobre la determinación de sanciones de la Ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal de los adolescentes 259
Eva Curia Castro

PRÓLOGO

Como sociedad hemos estado siendo impactados por noticias recurrentes sobre malos tratos y falta de cuidado respecto de niños y niñas bajo la tutela del Estado, los que podrían vulnerar sus derechos más básicos.

Lamentablemente, lo mismo nos sucede con hechos que dan cuanta de violaciones de derechos humanos referidos a malos tratos y/o tortura de personas.

Nuestra institución no permanece ajena a estos sensibles temas, y en cumplimiento de sus deberes constitucionales, le ha correspondido investigar y ejercer la acción penal en torno a hechos que pudieren revestir el carácter de delitos en estas materias.

Profundizando en dicho afán, y con especial énfasis en los derechos humanos, presentamos en esta edición dos artículos que profundizan en torno a estos tópicos y abordan un análisis del concepto de empleado público para la aplicación de los tipos penales de tortura a trabajadores de organismos colaboradores del SENAME, y otro, que desarrolla la distinción entre tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En la otra cara de esta moneda, tenemos a aquellos menores de edad adolescentes, que incurrir en ilícitos penales, y respecto de los cuales, ofrecemos un artículo que analiza diferentes aspectos jurisprudenciales sobre el sistema de determinación de sanciones que contempla la Ley N° 20.084.

En otros ámbitos, presentamos sendos artículos que profundizan respecto de los fundamentos de los Tribunales de Tratamiento de Drogas, y de las penas sustitutivas de la nueva Ley N° 18.216 y su relación con las penas de inhabilidad para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares.

Por otra parte, en la esfera de la delincuencia económica o patrimonial, publicamos en este número un comentario respecto de la primera condena en juicio oral por estafa como delito base de lavado de activos, y un artículo que reflexiona en torno al secreto bancario.

También ofrecemos un artículo que profundiza en la evaluación pericial del testimonio, y otro que aborda el debido proceso legal y el control de convencionalidad en el procedimiento de extradición pasiva.

Finalmente, presentamos de manera especial en esta edición un artículo sobre el estatuto de la víctima del delito en el proceso penal español, escrito por un Fiscal Delegado de Víctimas de la Fiscalía Provincial de Jaén, España.

JORGE ABBOTT CHARME
FISCAL NACIONAL

DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO. LA TUTELA DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

Juan Manuel Fernández Aparicio¹

1. Introducción

La Ley 4/2015 de 27 de abril, publicada en el Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE) el 28 de abril y que entró en vigor tras 6 meses de *vacatio legis* a contar desde la fecha de publicación aprobó el denominado estatuto de la víctima del delito. Esta ley trata de dar respuesta a las nuevas necesidades que plantean las sociedades avanzadas de garantizar no sólo los derechos y garantías del investigado en un proceso penal sino también de dar amparo, protección y cobijo a quien sin tener el deber jurídico de soportar un mal, lo ha tenido efectivamente y lo que espera es que los poderes públicos acudan en su ayuda y protección.

En las líneas que siguen, voy a tratar de exponer las novedades del estatuto de la víctima, advirtiéndoles que pese a su pomposo nombre o denominación no implicará un cambio significativo respecto a la actual situación de la víctima. Es fundamental que los operadores jurídicos cambien su mentalidad pues algunas de las medidas ya se contemplaban en nuestra vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr).

La ley asume los compromisos recogidos en la Carta de los derechos de los ciudadanos ante la justicia aprobada por unanimidad por el Pleno del Congreso de los Diputados el 16 de abril de 2002. Baste aquí recordar que esta Carta imponía los siguientes objetivos:

I. Una Justicia moderna y abierta a los Ciudadanos

- Una justicia transparente
- Una justicia comprensible
- Una justicia atenta con el ciudadano
- Una justicia responsable ante el ciudadano
- Una justicia ágil y tecnológicamente avanzada

1 Fiscal Delegado de Víctimas de la Fiscalía Provincial de Jaén, Doctor en Derecho y Profesor tutor de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

II. Una Justicia que protege a los más débiles

- Protección de las víctimas del delito
- Protección de los menores
- Protección de los discapacitados
- Los inmigrantes ante de la justicia

III. Una relación de confianza con Abogados y Procuradores

- Una conducta deontológicamente correcta
- Un cliente informado
- Una justicia gratuita de calidad

Hasta ahora, el marco normativo garante de los derechos de la víctima se había caracterizado por dos notas; por una parte por el carácter fragmentario de la regulación y por otro la sectorialización por tratarse de una protección exclusivamente hecha desde el ámbito procesal y para colectivos concretos. En efecto, la regulación en materia de víctimas viene comprendida por una parte por la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, desarrollada por el real decreto 738/1997, de 23 de mayo. Igualmente la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. La conocida ley orgánica 1/2004, de 28 diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, así como la ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo.

Ahora se quiere superar el particularismo y dar una visión integral de la protección a la víctima.

El estatuto de la víctima tiene 35 artículos distribuidos en cuatro títulos más un título preliminar. Además contiene una disposición transitoria referida la aplicación temporal, la lógica disposición derogatoria de carácter general por cuanto se limita a indicar que quedan derogadas cualquier norma de rango igual o inferior en cuanto contradigan lo dispuesto en la presente ley. Y como consecuencia de lo anterior se introduce modificaciones en la LEcr en concreto los artículos 109, se añade el art. 109 bis, 110, 261, 281, 282, 284, 301, se introduce un nuevo art. 301 bis, dos párrafos al art. 334, y modificaciones en los artículos 433, 448, 544 ter, se introduce un nuevo art. 544 quater, 636, 681, 682, 707, 709, 730, 773, 779, 785, 791. También se produce una modificación del art. 126 del Código Penal (en adelante CP) en cuanto al orden de prelación de los créditos que ha de pagar el condenado.

Indicar que la disposición final 5ª obliga a los colegios y consejos generales de abogados y procuradores a adoptar las medidas necesaria para adaptar sus

respectivos estatutos a lo establecido en el apartado 8.2 de la presente ley en un plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de la ley. El art. 8.2 como veremos que está relacionado con el denominado período de reflexión en garantía de los derechos de la víctima, establece la prohibición de abogados y procuradores de dirigirse a las víctimas directas o indirectas de catástrofes, calamidades públicas otros sucesos similares durante el período de un mes.

Dado los tiempos en los que vivimos , tras haber superado España la crisis económica más dura en los últimos 40 años, la disposición final 2ª recuerda que las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones, ni de otro gasto de personal. O dicho de otra forma esta ley nace sin habilitación presupuestaria. Tal realidad obviamente reduce su real alcance y eficacia.

Consecuencia de lo anterior y ante la conocida picaresca española la ley ha previsto el régimen sancionador para las falsas víctimas. En efecto, el art. 35 se recoge una obligación de reembolso para las personas que se hubieran beneficiado indebidamente de subvenciones o ayudas percibidas por su condición de víctima. En este caso se prevé la obligación de devolución o de abono de los gastos causados a la administración más un interés que se fija en interés legal del dinero incrementado en un 50% cuando estemos ante uno de estos dos supuestos:

Que la persona hubiese sido condenada por denuncia falsa o simulación de delito.

Que se dicte una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento libre siempre y cuando se haga constar la inexistencia de los hechos denunciados lo que en la práctica rara vez se produce.

El estatuto en la Dip. Adicional 4ª previó un ulterior desarrollo reglamentario que se hizo efectivo por Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas de delito. Dicho reglamento fue publicado en el BOE de 30/12/2015 y entró en vigor el 1/1/2016. Igual que la Ley expresamente indica que las medidas que se deriven de este reglamento no supondrán incremento de gasto público (Disp. Adicional Única).

2. Fundamento y fines

La justificación de este estatuto, obedece fundamentalmente a una imposición comunitaria muy en boga en los tiempos que corren. Europa una vez más, viene a imponer las reglas que han de regir en los diferentes estados de la Unión Europea (en adelante UE). Aunque el derecho particular de cada estado se resiste a la unificación que nos llega de Bruselas es evidente que poco

a poco se va produciendo una armonización y aproximación de los derechos procesales y penales de los diferentes estados europeos caminando a lo que se denomina espacio judicial europeo. Aunque la realidad nos avisa de que aún existen fronteras jurídicas en un ámbito de libre circulación de personas y bienes². A través de esta reforma se quiere incorporar las normas contenidas en tres directivas: la 2012/29/UE, relativa a los derechos de las víctimas de los delitos, la 2010/64/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Como indica la propia exposición de motivos se ha aprovechado la ocasión para incluir en el concepto de víctima indirecta algunos supuestos que no vienen impuestos por la norma europea, pero sí por otras normas internacionales, como la convención de Naciones Unidas de desapariciones forzadas.

Igualmente se ha aprovechado la ocasión para la transposición de otras dos directivas más: la directiva 2011/92/UE del parlamento europeo y del consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativo a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, así como la directiva 2011/36/UE del parlamento europeo y del consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la decisión marco 2002/629/JAI del consejo.

El Ministerio de Justicia ha decidido que la transposición de dichas directivas se realice a través de la aprobación de tres leyes: el del Estatuto de la Víctima, por un lado, y por otro, a través de la LO 13/15 de reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) y la Ley 41/2015 de reforma a la LECr ambas de 5 de octubre.

Debemos indicar que junto a esta justificación de índole comunitario se añade otra que aparece recogida también en la exposición de motivos del citado estatuto. Se alega también la demanda generada en nuestra sociedad que ha visto con preocupación cómo las víctimas del delito quedaban en un segundo plano en una postración claramente incompatible con los tiempos en que vivimos. Así como botón de muestra durante el mes de diciembre de 2017 se enjuició en la Audiencia Provincial de Navarra un delito de violación denunciado por una chica que imputó que durante la Fiesta de San Fermín a una serie de jóvenes habían practicado sexo sin su consentimiento. La opinión

2 Como ejemplo más claro lo vemos en la conducta de determinados cargos autonómicos catalanes cesados por el Gobierno de la Nación e investigados por el Tribunal Supremo que para evitar su detención han huido a Bélgica.

pública se manifestó beligerante con el comportamiento de los diferentes operadores jurídicos respecto a la víctima.

En mi opinión hay dos grandes objetivos a alcanzar en el denominado estatuto de la víctima. Por un lado que éste se constituya en una auténtica constitución de derechos y garantías para las víctimas y por otra parte en un segundo objetivo que es evitar la denominada victimización secundaria. Veámoslas muy brevemente cada uno de estos dos objetivos.

1º Ser un catálogo general de los derechos penales y procesales de todas las víctimas de delitos

En este sentido podemos hablar de una constitución de la víctima que deberá ser tenida en cuenta por los diferentes operadores jurídicos y no jurídicos. El objetivo es dar una respuesta integral; jurídica y sobre todo social a través de un trato personalizado e individualizado a todas las víctimas, que serán evaluadas para atender las circunstancias de su caso. En definitiva se persigue que el nuevo Estatuto de la Víctima del Delito refuerce los derechos y garantías procesales de todas las víctimas. Consecuentemente se dispondrá de estos derechos y garantías tanto si están personadas en una causa penal como si no.

Como quiera que la ley es muy generalista ya advierte no solo del necesario y conveniente ulterior desarrollo reglamentario como efectivamente se hizo sino también de la realización de protocolos específicos para cada colectivo. En efecto, es fundamental y clave del éxito o fracaso de esta ley, la máxima colaboración entre las distintas administraciones públicas, el Poder Judicial, los colectivos de víctimas, los profesionales que las atienden, por lo que la realización y cumplimiento de estos protocolos constituyen la clave del éxito o fracaso de la presente ley. Ya existe desarrollo reglamentario pero aún no hay protocolos de actuación entre los diferentes operadores jurídicos y no jurídicos. Por tanto la ley correrá el riesgo de “quedarse como un marco bonito” pero sin ninguna repercusión práctica para la víctima. Simplemente recordarles que una víctima pasa por las manos de un policía teniendo en cuenta la diversidad de fuerzas policiales que existen en España. La víctima pasará también por diferentes jueces por cuanto la instrucción y el enjuiciamiento están separados y ello sin perjuicio de la existencia de una segunda instancia. La víctima también pasará por las manos de diferentes fiscales cuya forma de trabajo hace que sea difícilmente identificable el fiscal de esa víctima salvo en casos como puede ser la violencia sobre la mujer en donde sí es posible identificar claramente el fiscal del caso. Evidentemente la víctima también podrá requerir los servicios de profesionales como abogados y procuradores, personas clave en el conocimiento profundo de la situación de la víctima por cuanto en muchas ocasiones tienen un contacto directo o/y más personal con la víctima al ostentar ésta la condición de cliente y de patrocinada. La víctima también puede pasar por los diferentes servicios médicos o por los institutos

de medicina legal. La víctima puede también pasar por psicólogos públicos o privados. En definitiva confluye una pluralidad de sujetos de diferente origen, forma de trabajo e intereses a satisfacer.

Por otra parte España es un Estado descentralizado donde los medios materiales y personales de la Administración de Justicia están transferidos a algunas comunidades autónomas. Coexisten, además, oficinas de víctimas gestionadas por el Estado a través del Ministerio de Justicia y oficinas de víctimas gestionadas por algunas comunidades autónomas. Esta rica y diversa realidad puede en ocasiones propiciar un trato desigual a la víctima por razón de territorio.

Como crítica indicar que quedan al margen de esta ley las víctimas de terrorismo y de violencia sobre la mujer. En estas materias, prevalece la regulación singular que tiene cada uno de estos colectivos y ello sin perjuicio de que esta ley pueda completar lo no previsto en el régimen específico indicado para cada caso.

2º Evitar una segunda victimización

Este es el gran objetivo del legislador. El Estatuto desarrolla también el régimen de las medidas de protección de las víctimas con la intención de evitar su victimización secundaria. Es el sentimiento negativo que aparece ligado a la repetición de la información emocionalmente dolorosa, la falta de empatía y sensibilidad del personal que le atiende, así como la desinformación y el incumplimiento de expectativas judiciales que provoca que la persona experimente la sensación de ser nuevamente víctima del proceso. La victimización secundaria se produce como consecuencia del actual sistema procesal de origen decimonónico, concebido para proteger al presunto delincuente y en donde la víctima es tratada como un objeto del proceso. Así, -a modo de ejemplo-, si el delincuente tiene derecho a no declarar, la víctima tienen la obligación de declarar³ o cuanto menos acudir al proceso pues incluso gozando del derecho de dispensa previsto en casos excepcionales la ley (véase art. 416 LECr) le obliga acudir al juzgado so pena de sanción. Esta situación en ocasiones produce unos efectos colaterales indeseados que tienen

3 Artículo 420 LECr.

El que sin estar impedido no concurriere al primer llamamiento judicial, excepto las personas mencionadas en el artículo 412, o se resistiere a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre que fuere preguntado, a no estar comprendido en las exenciones de los artículos anteriores, incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, y si persistiere en su resistencia será conducido en el primer caso a la presencia del Juez instructor por los agentes de la autoridad, y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia tipificado en el artículo 463.1 del Código Penal, y en el segundo caso será también perseguido por el de desobediencia grave a la autoridad.

una traducción en el ámbito médico. No es extraño de casos de personas que sufren crisis de ansiedad o se agudizan situaciones previas de depresión ante un sistema que ni entienden, ni comprenden, ni ven la utilidad al tener en muchas ocasiones la convicción de que no sirve para nada acudir al juzgado, ocasionándoles perjuicios en el ámbito laboral, económico o familiar.

La justicia penal española sufre un importante déficit legislativo ya que no cuenta con un modelo legal actual y adaptado a las necesidades del siglo XXI en donde se encomiende la investigación penal a un fiscal imparcial e independiente. La Democracia española no ha sido capaz de “parir” una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal o Código Procesal Penal, seguimos funcionando con una LECr aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Las sucesivas reformas hacen inviable un discurso lógico en el articulado de la ley conviviendo artículos actuales con otros de facto derogados⁴.

Hay que recordar que nuestro sistema procesal está basado en el principio de legalidad que obliga al fiscal a ejercer la acción penal aunque no quiera la víctima. Solo excepcionalmente se plantea la posibilidad de no continuar. Este es el caso del proceso penal de menores donde el fiscal puede desistir o reconducir el proceso a una medida extrajudicial. Para el “proceso de mayores” solo es posible en el denominado juicio de delitos leves (antiguas faltas) cuyo art. 963.1.1ª LECr preve que el juez archive las diligencias cuando lo inste el fiscal y para ello la Autoridad Fiscal deberá justificar su petición a la vista de las siguientes circunstancias de carácter acumulativo; el delito leve resulte de muy escasa gravedad por la naturaleza del hecho, sus circunstancias y las personales del autor y no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos patrimoniales se entenderá esta circunstancia cuando exista reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado. En este caso se comunicará inmediatamente la suspensión del juicio y el archivo se le notificará a la víctima.

La ley busca evitar precisamente esta victimización secundaria a través de una panoplia de medidas que tienen como común denominador tratar a la víctima como sujeto de derechos en el proceso y no como objeto del mismo. Esto se conseguirá, por ejemplo, reduciendo los trámites innecesarios que supongan una segunda victimización (por ejemplo, eliminando declaraciones que puedan ser prescindibles y que puedan producirle algún trauma, evitando el contacto entre agresor y víctima) y otorgándole información y orientación sobre los derechos y servicios que le corresponden.

4 A título de ejemplo, en sede del recurso de revisión, el art. 956 LECr prevé que el Ministro de Justicia dé órdenes al Fiscal General del Estado, lo cual está vetado en el actual marco constitucional y posterior desarrollo legal en el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

En consecuencia, la ley prevé en su art. 3 que “toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención [...] desde su primer contacto con la autoridad [...], a lo largo de todo el proceso penal y por un periodo de tiempo adecuado después de su conclusión”. Por eso también se promoverán las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, tanto del Ministerio como de las Comunidades Autónomas, a las que tendrán que ser derivadas las víctimas que lo necesiten en función de la gravedad del delito o cuando lo soliciten. Téngase en cuenta que en España el poder está distribuido territorialmente por lo que en muchos casos estas oficinas de víctimas dependen de autoridades autonómicas.

3. Concepto de víctima

En el título preliminar en su art. 2 se aborda el concepto fundamental de víctima y el ámbito de aplicación de esta ley. La ley nace con vocación de universalidad de tal modo que va a proteger a las víctimas de delitos cometidos en el Reino de España o que pueda ser perseguido en España con independencia de su nacionalidad y si disfrutan o no de residencia legal (art. 1). Por tanto se anuda el concepto de víctimas al ámbito de la jurisdicción española. Aquellos delitos que puedan ser perseguidos por la legislación española con independencia del lugar de su comisión, determinan que las víctimas de esos delitos puedan recibir la protección generada en esta ley. Es más, el hecho o el dato de encontrarse en situación irregular en España no va a impedir la aplicación de esta ley al reconocerle a ese individuo la condición de víctima aunque insisto no se encuentre legalmente en España.

Es el art. 2 el que da el concepto general de víctima diferenciando entre víctima directa y víctima indirecta. Por víctimas directas entiende a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio. La ley singulariza como supuestos especialmente de víctimas a quienes hayan sufrido lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.

Por víctima indirecta se va a entender, en los casos de muerte o desaparición, exclusivamente al cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima. Como novedad se incluye en el concepto de víctima indirecta a los hijos del cónyuge de la víctima siempre y cuando hayan convivido con la persona que ha muerto o ha desaparecido. Se incluye lógicamente, como víctima indirecta los supuestos de uniones afectivas y los hijos del conviviente de la víctima. También son víctima indirecta los progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su guarda; personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar. En defecto de los anteriores especifica el número dos del propio artículo dos que tendrán

la condición de víctima indirecta los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos del que ostentara la representación legal de la víctima.

Expresamente están excluidos de la presente ley aquellos terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito por tanto la figura del tercero perjudicado no es víctima a los efectos de esta ley y por consiguiente están excluidos del catálogo de derechos que aparecen recogidos en el artículo 3 de la ley. También están excluidas las personas jurídicas con independencia de la naturaleza de éstas.

El artículo tres a modo de pórtico viene a informarnos de cuáles son los derechos de la víctima, así dice el artículo 3: *toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con la autoridad, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia de restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un periodo de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso.* Este último dato es fundamental puesto que la falta de identidad del autor del hecho punible no impide que se reconozca a la víctima su condición de tal. El art. 6 del Estatuto recuerda que la policía judicial⁵ comunicará al denunciante que en caso de no ser identificado el autor del hecho en el plazo de 72 horas, las actuaciones no se remitirán a la autoridad judicial (ni copia a la autoridad fiscal), sin perjuicio de su derecho a reiterar la denuncia ante la fiscalía o el juzgado de instrucción (art. 284.2, letra c LEcr.).

4. Derechos básicos

Es el título primero el que recoge entre los artículos 4 a 10 el elenco de derechos básicos de la víctima de carácter no procesal, es decir lo que la ley denomina derechos extraprocesales de la víctima. Por tanto son derechos que existen para la víctima no sólo en el proceso si no fuera del mismo. Por consiguiente goza la víctima de estos derechos en la llamada fase preprocesal o policial y se van a extender al proceso propiamente hablando.

⁵ Aunque la Constitución en el art. 126 utiliza la expresión policía judicial, término reiterado en la legislación española, no existe como tal una policía judicial, son en realidad unidades del Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil o policías autonómicas adscritas a un juez o fiscal del que dependen funcionalmente, pero con dependencia orgánica de sus respectivos comisarios, mandos o jefes policiales.

Los derechos extraprocesales básicos de la víctima son:

- Derecho a entender y a ser entendida.
- Derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes.
- Derechos de la víctima como denunciante
- Derecho a recibir información sobre la causa penal.
- Derecho a la traducción e interpretación
- Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo.

Ningún derecho es real si la víctima no entiende lo que se le dice y por tanto no es capaz de valorar las diferentes opciones que el ordenamiento jurídico le ofrece para la más satisfactoria defensa de sus intereses. Todos sabemos que muchas personas no se enteran y ello ocurre por las propias características del proceso y el lenguaje que se utiliza en el mismo. Esta realidad de falta de comprensión no sólo es propia del ámbito policial y judicial sino que ocurre en otras facetas de la vida.

Así, en el ámbito médico no todo el mundo sabe que unas amigdalitis son unas anginas. En consecuencia la primera manifestación del derecho a entender y ser entendido es que todas las comunicaciones con las víctimas, ya sean orales o escritas, se hagan en un lenguaje sencillo, claro y accesible y adaptado a las necesidades de cada persona (art. 4). Consecuentemente las personas con discapacidad sensorial, intelectual o mental deberán tener la información exactamente igual que si no tuviesen esas necesidades especiales. Por tanto no debe existir discriminación a la hora de entender cada actuación procesal o preprocesal. La discriminación es la otra cara de la desigualdad. Si la víctima fuera menor o estuviese incapacitada, las comunicaciones se harán a su representante legal o a la persona que complementen su capacidad. Evidentemente el extranjero no puede verse mermado en sus derechos por el dato de desconocer el idioma. Esta norma no es ninguna novedad ya la Carta de Derechos del Ciudadano ante la Justicia, reconocía a los ciudadanos el derecho a comprender. Específicamente recuerda la Carta: *Los extranjeros inmigrantes en España tienen derecho a recibir una protección adecuada de la Administración de Justicia al objeto de asegurar que comprenden el significado y trascendencia jurídica de las actuaciones procesales en las que intervengan por cualquier causa. Los Jueces y Tribunales así como el Ministerio Fiscal velarán en todo momento por el cumplimiento de este derecho.*

El Consejo de Ministros constituyó una Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico mediante acuerdo de 30 de diciembre de 2009. Presidida por el Secretario de Estado de Justicia y con el Director de la Real Academia de la Lengua Española como vicepresidente. La Comisión estuvo integrada por

ocho vocales provenientes de diversas disciplinas, profesiones e instituciones, elegidos por razón de su dilatada experiencia y sus conocimientos en los ámbitos jurídico y lingüístico. Entre sus conclusiones se insiste que el lenguaje debe cumplir su finalidad: entender y ser entendido.

Sí constituye una novedad el llamado derecho de acompañamiento de una persona de confianza desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios (art. 4.c). Lógicamente, las necesidades del proceso pueden impedir este derecho de acompañamiento pero exclusivamente cuando esté justificado. Por tanto, la persona puede estar acompañada con la lógica finalidad de que se encuentre mejor y por tanto disminuyan los efectos de la llamada victimización secundaria. Esta situación no debe de sorprendernos ya que es habitual en otros ámbitos como el sanitario, al médico solemos ir acompañados y estaremos con nuestro familiar o amigo mientras el médico o personal sanitario se lo permita. Hay por tanto que vencer la praxis de impedir que la víctima sea acompañada. Lógicamente el acto procesal puede justificar la ausencia del acompañante. Es el caso de que el acompañante sea también testigo. Los testigos deben declarar uno a uno como indica el art. 705 LECr.

Un segundo derecho básico es el derecho a la información. ¿De qué información estamos hablando? El art. 5 nos define los contenidos que la víctima debe conocer, es decir, conocer y entender para que de esa manera pueda ejercer sus derechos. Estos derechos aparecen recogidos entre los apartados a - m del referido precepto y posteriormente desarrollaremos como lo hace la propia ley.

El tercer derecho es el derecho a denunciar y la forma de hacerlo a las autoridades encargadas de la investigación. Todos sabemos que se puede denunciar ante la policía, el fiscal o directamente ante el juzgado de guardia. La víctima debe saberlo y el derecho a informarle de las diferentes posibilidades no debe implicar un peloteo de la víctima. En ocasiones me he encontrado con personas que la han mandado del juzgado a la fiscalía cuando lo que querían era denunciar. En ocasiones puede entenderse esta derivación, pero nunca deben implicar dejación de funciones o forma de quitarse el problema de encima.

La víctima debe tener información de cómo defenderse, es decir el procedimiento para tener asesoramiento y defensa jurídica. Cuándo la defensa jurídica puede ser gratis y cuándo no. Es fundamental que la víctima sepa que sólo gozará de justicia gratuita si se le reconoce ese derecho⁶. La víctima

6 Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. Artículo 3 Requisitos básicos:

1. Se reconocerá el derecho de asistencia jurídica gratuita a aquellas personas físicas que careciendo de patrimonio suficiente cuenten con unos recursos e ingresos económicos brutos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, que no superen los siguientes umbrales:

debe saber que tener abogado de oficio no implica automáticamente abogado gratuito.

La víctima debe de saber la posibilidad de solicitar medidas de protección y la forma de hacerla realidad. La víctima debe conocer si tiene derecho a obtener indemnizaciones. De igual manera la víctima debe conocer los servicios de justicia restaurativa disponibles. Y también los mecanismos para obtener el reembolso de los gastos judiciales y el procedimiento para reclamarlos.

La víctima deber tener la información de los servicios de interpretación y traducción disponibles que facilite la comunicación en aquellas personas que tengan algún tipo de discapacidad en esta materia.

La víctima igualmente debe conocer el procedimiento por el cual puede ejercer sus derechos aun residiendo fuera de España. También de los recursos que puede interponer contra la resolución que considere contraria a su derecho.

La víctima deber tener un fácil acceso al expediente judicial. Los datos de contacto y cauces para hacerlo realidad. Es decir la víctima debe saber quién lleva su asunto porque la víctima tiene que estar actualizada de la información del asunto. De tal modo que ésta no sólo se tiene que producir al inicio del proceso sino también durante el mismo. En consecuencia el derecho a ser notificado de ciertas resoluciones a las que se refiere el artículo 7 porque le

a) Dos veces el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas no integradas en ninguna unidad familiar.

b) Dos veces y media el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas integradas en alguna de las modalidades de unidad familiar con menos de cuatro miembros.

c) El triple de dicho indicador cuando se trate de unidades familiares integradas por cuatro o más miembros o que tengan reconocida su condición de familia numerosa de acuerdo con la normativa vigente.

2. Para la determinación del concepto de unidad familiar en sus diversas modalidades se estará a lo establecido en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, equiparándose a los cónyuges no separados legalmente las parejas de hecho constituidas de conformidad con los requisitos que les fueran exigibles.

3. Los medios económicos serán valorados individualmente cuando el solicitante acredite la existencia de intereses familiares contrapuestos en el litigio para el que se solicita la asistencia.

4. El derecho a la asistencia jurídica gratuita solo podrá reconocerse a quienes litiguen en defensa de derechos o intereses propios, o ajenos cuando tengan fundamento en una representación legal. En este último caso, los requisitos para la obtención del beneficio vendrán referidos al representado.

5. Se reconocerá el derecho de asistencia jurídica gratuita a las personas jurídicas mencionadas en el apartado c) del artículo anterior, cuando careciendo de patrimonio suficiente el resultado contable de la entidad en cómputo anual fuese inferior a la cantidad equivalente al triple del indicador público de renta de efectos múltiples.

afectan en sus intereses debe ser una realidad. En consecuencia, la víctima designará dirección de correo electrónico, y sólo en su defecto una dirección postal. La realidad de los medios y las formas de trabajar incidirán en que efectivamente las comunicaciones por correo postal disminuyan y se vayan imponiendo las comunicaciones por correo electrónico.

Con posterioridad al Estatuto la Ley 42/2015 de 5 de octubre de modificación de la Ley de enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) obliga a los profesionales a comunicarse y a presentar escritos de forma electrónica y si son particulares tienen derecho a elegir o papel o formato electrónico como se desprende de los arts. 155 y 162 LEC.

Hay que tener en cuenta que el conocimiento de ciertas resoluciones como manifestación del derecho a recibir información sobre la causa penal es un derecho de la víctima y no una obligación. Por tanto, la víctima habrá tenido que manifestar al inicio del proceso si quiere tener información de las resoluciones que específicamente cita el art. 7. Consecuentemente el apartado segundo del art. 7e recuerda que las víctimas en cualquier momento podrán manifestar su deseo de no ser informadas, por lo que quedará sin efecto la solicitud realizada en tal sentido. Como peculiaridad, indicar que en materia de violencia sobre la mujer, las resoluciones que afecten a su seguridad como la prisión, su cese, medidas de protección o fuga (apartados c y d del art. 7) se acordarán de oficio salvo que la víctima haya manifestado expresamente su deseo de no recibir estas notificaciones.

La víctima tiene derecho a conocer la fecha, hora y lugar de celebración del juicio, así como el contenido de la acusación dirigida contra el acusado. Igualmente tiene derecho a conocer el contenido de determinadas resoluciones que dicte el juzgado. Específicamente cita la ley en el art. 7 la resolución por la cual se acuerda no iniciar el procedimiento penal. En la práctica será el auto denegando la incoación de un procedimiento, como puede ser por ejemplo el auto de no admisión de una querrela. Igualmente se le notificarán la sentencia que ponga término al proceso; la resolución que acuerde la prisión o la posterior puesta en libertad del acusado; así como dice la ley la posible fuga del mismo. En este sentido entiendo que se refiere o bien al improbable caso de que la persona que sufre una medida cautelar de prisión logre evadirse de un centro penitenciario o durante el traslado al mismo o bien se está refiriendo al caso de que el acusado como investigado, denunciado se encuentre en paradero desconocido. Es decir si se ha sustraído a la acción de la justicia, circunstancia que debe conocer la víctima.

También se le notificarán las medidas cautelares personales o las modificaciones de las mismas cuando tengan por objeto garantizar la seguridad de la víctima. En la práctica van a ser las órdenes de prohibición de comunicación, aproximación, tenencia de armas o prohibición de residencia.

El deber de comunicar determinadas actuaciones procesales ya existía en la actual LECr. Recordémoslas:

- Del auto de archivo. Art. 779.1 LECr.
- Del lugar y fecha de la celebración del juicio (art.785.3 LECr).

Cuando no vaya de testigo (supuesto excepcional), la víctima debe saber cuando es el juicio y donde.

- De las medidas cautelares.

La víctima tiene que saber si en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el art. 57 CP (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico) se han adoptado medidas de protección (prohibiciones de comunicación o residencia o aproximación) tal y como infiere el art. 544 bis LECr. El Letrado de la Administración de Justicia (otrora secretario judicial) debe asegurar la comunicación de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad tal y como le exige el art. 109 in fine LECr.

Igualmente, la obligación de notificar a los directamente ofendidos y perjudicados cuya seguridad puede verse afectada, los autos relativos a la situación personal del investigado se haya acordado o no la prisión preventiva (art.506.3 LECr). También las órdenes de protección (544 ter 9º LECr). Fíjense que este último precepto impone el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado (hoy investigado) así como el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del presunto agresor.

- De la sentencia.

El art. 789.4 LECr obliga al secretario a notificar la sentencia. En segunda instancia lo exige el art. 792.4 LECr.

El apartado e del art. 7 alude al deber de comunicación de las resoluciones de la autoridad judicial o penitenciaria respecto a condenados por delitos con violencia o intimidación y que impliquen un riesgo para la seguridad de la víctima. En estos casos la administración penitenciaria comunicará inmediatamente a la autoridad judicial la resolución adoptada para su notificación a la víctima afectada. Entiendo que está haciendo referencia a las resoluciones dictadas en el ámbito del derecho penitenciario pero excluyendo a las que hace referencia el art. 13 de la ley. El art. 13 alude a la participación de la víctima en la ejecución de la pena. Es una novedad de esta ley. Si hasta ahora en el ámbito del derecho penitenciario la legitimación la

tenía exclusivamente el fiscal y el penado, ahora a través del art. 13 se va a posibilitar de una manera muy limitada la participación de la víctima en la ejecución. Por tanto tenemos que diferenciar la resoluciones del art. 13 con la resoluciones a la que hace referencia el apartado e del núm. uno del art. 7.

La ley también precisa el contenido de la comunicación, cuál es el contenido mínimo que debe recibir la víctima que ha pedido que le sean comunicadas la resoluciones o acontecimientos procesales a lo que anteriormente hemos hecho referencia. En todo caso debe constar la parte dispositiva de la resolución, un breve resumen del fundamento de la misma, aunque en la práctica probablemente se remitan completas. La ley vuelve a recordar que la notificación se hará por correo electrónico preferentemente y en su defecto por correo postal. Del mismo modo se obrará cuando la víctima resida en un país de la unión europea. Si reside fuera de la Unión la notificación se hará a través de la oficina diplomática o consular española.

Si la víctima está personada, la notificación de la resolución se hace al procurador, lo que no impide que haya que comunicárselo también a la víctima. Este sentido deja en mal lugar al procurador puesto que su presencia no evita la reiteración de la notificación.

La obligación de informar, comunicar y notificar recae singularmente sobre el Letrado de la Administración de Justicia (otrora Secretario Judicial) que debe asumir su responsabilidad y realizar personalmente las obligaciones que le impone el Estatuto y la LECr y no delegar en los cuerpos de gestión, tramitación y auxilio. El hecho de que se proporcione información escrita a la víctima no evita ni suple la obligación de informar personalmente y de forma comprensible a cada víctima. Especialmente durante el servicio de guardia del juzgado.

El llamado *derecho a la reflexión*, se recoge en el art. 8. En mi opinión es un peculiar derecho de la víctima a no ser molestada, pero circunscrito exclusivamente a los profesionales abogados y procuradores, lo que en mi opinión resulta al menos discutible y claramente discriminatorio. Dice la ley que las víctimas directas o indirectas de catástrofes, calamidades públicas otros sucesos que hubieran producido un número elevado de víctimas no podrán ser molestadas por abogados y procuradores en el sentido de que éstos les ofrezcan sus servicios profesionales hasta que transcurran 45 días del siniestro. Indicar que es claramente discriminatorio puesto que únicamente se ha puesto para los abogados y los procuradores pero no para otro tipo de profesionales. ¿Una funeraria que ofrece sus servicios a quien recientemente ha perdido un ser querido, puede sin embargo hacerlo?

La prohibición lógicamente no afecta a la propia víctima en el sentido de que la víctima sí puede buscar al abogado o al procurador pero no al revés. El incumplimiento de esta prohibición será considerado a efectos disciplinarios como infracción muy grave. El art.4 del Reglamento se remite a ulteriores protocolos de coordinación.

El art. 9 recoge el llamado derecho a la traducción e interpretación que básicamente consiste en que toda víctima que no hable o entienda el castellano o una lengua cooficial se le deba traducir gratuitamente todo documento que sea necesario para que la víctima comprenda la fase del proceso en la que esté. En mi opinión sólo los apartados cuarto y quinto del mencionado precepto pueden plantear un problema de interpretación. En efecto, dice el apartado cuarto que cuando se trate de actuaciones policiales la decisión de no facilitar la interpretación o traducción a la víctima podrá ser recurrida ante el juez de instrucción. Este recurso se entenderá interpuesto cuando la persona afectada por la decisión hubiera expresado su disconformidad en el momento de la denegación. La primera cuestión que surge es de qué recurso está hablando la ley. En un atestado en el que se niegue a una víctima la traducción de un documento dice que se puede recurrir ante el juez de instrucción. Nada dice la ley sobre requisitos de postulación, tampoco dice la ley qué tipo de recurso se está refiriendo y, por tanto, si son incardinables entre los recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la resoluciones judiciales. La ley parece que está hablando de un recurso tácito o implícito cuando la persona afectada manifiesta su disconformidad con la denegación del derecho a la traducción o interpretación. Este es realmente un supuesto desconocido en el ámbito del derecho procesal penal por lo que en la práctica va a plantear graves problemas. Me imagino que será el juez de guardia el que tendrá que resolver de manera similar a un hábeas corpus la cuestión que estamos analizando. El apartado quinto establece que la decisión judicial de no facilitar la interpretación o traducción podrá ser recurrida en apelación. La primera cuestión que nos surge es, ¿se está refiriendo a la denegación del apartado cuarto?, o ¿se está refiriendo a la negativa del juez a facilitar la traducción o interpretación? En este caso entenderíamos que la víctima puede interponer directamente recurso de apelación sin necesidad de interponer recurso de reforma.

Si está ya iniciado el proceso le asiste el mismo derecho. Debemos de advertir que la ley no dice que tenga que traducirse todo el procedimiento sino aquello que resulte necesario en este caso para que la víctima quede debidamente informada. Luego la mera infracción formal de la obligación de traducir no genera per se nulidad. Sólo tendrá transcendencia si la infracción genera una real indefensión material. Sobre el particular podemos seguir el mismo criterio que se utiliza cuando es el acusado el que solicita la traducción. La sentencia del Tribunal Supremo de 29/06/2017, N° de Recurso: 10624/2016, N° de Resolución: 489/2017, Ponente: Francisco Monteverde Ferrer, establece una interesante doctrina que aunque referida al acusado, nos puede también servir para la víctima.

3. Ante ello, poco se puede añadir a lo razonado por el tribunal de instancia puesto que la única indefensión con la trascendencia constitucional que se pretende, es la indefensión material y no la meramente formal. En este caso en principio, se podría hablar de indefensión formal por el incumplimiento del deber de traducción que impone el citado art. 123.1.d) LECr., pero no de indefensión material que exige la efectiva privación de algún medio de defensa o su limitación...

4. Por otra parte, y en relación con el derecho a la traducción escrita de los documentos que resulten esenciales para garantizar el ejercicio del derecho a la defensa, se prevé la posibilidad de prescindir de la traducción de los pasajes de los documentos esenciales que, a criterio del Juez, Tribunal o funcionario competente, no resulten necesarios para que el imputado o acusado conozca los hechos que se le imputan, y además con carácter excepcional, dicha traducción escrita podrá ser sustituida por un resumen oral de su contenido en una lengua que comprenda, siempre que quede garantizada suficientemente la defensa del imputado o acusado.

Para terminar el comentario de los derechos básicos debemos referirnos en último lugar al último artículo de este título primero que es el art. 10. Simplemente el art. 10 reconoce a la víctima el derecho de acceder de forma gratuita y confidencial a los servicios de asistencia y apoyo facilitado por las administraciones públicas. El artículo 10 incluye también una importante novedad que consiste en que los hijos menores que se encuentran en un entorno de violencia de género o de violencia doméstica tendrán derecho a las mismas medidas de asistencia y protección que las víctimas de estos delitos.

5. Participación de la víctima en el proceso penal

Una vez analizados los llamados derechos básicos tanto en el ámbito preprocesal como procesal, debemos ahora referirnos a los cauces de participación de la víctima del proceso penal que tienen como común denominador el hecho o el dato de que la víctima no está personada. Junto a esta nota característica, el Estatuto también innova en cuanto va a posibilitar la participación de la víctima en el ámbito de la ejecución, concretamente en el ámbito penitenciario que anteriormente le estaba completamente vetado.

El art. 11 reconoce los derechos ya existentes en la ley de enjuiciamiento criminal. El primero es el derecho a ejercitar las acciones penales y civiles conforme a la ley de enjuiciamiento criminal. El segundo es el derecho a facilitar a las autoridades encargadas de la investigación las fuentes de prueba y de información que estime relevantes para el esclarecimiento de los hechos. El legislador se ha olvidado del fiscal pese a su destacado papel en el proceso penal. Sin embargo, no está prohibido que la víctima directamente facilite al fiscal documentos, testigos, o informes periciales que sean relevantes para el ejercicio de la acusación. En este sentido nada impide que una víctima de un delito de impago de pensiones manifieste al fiscal datos significativos sobre la economía del acusado. En consecuencia se debería haber reconocido no sólo el derecho a facilitar estos medios de prueba o fuentes de prueba en la fase de la investigación que es lo que literalmente dice el apartado B del art. 11 en clara referencia al juez de instrucción y al fiscal en el caso del proceso de menores, sino también a ver reflejado este derecho en la fase intermedia o incluso en la fase de plenario.

El art. 12 recoge el ya comentado derecho de la víctima a que se le notifique el auto de sobreseimiento y su posibilidad de recurrirlo aunque no esté personada en el procedimiento. Podrán recurrir los sobreseimientos en los 20 días siguientes. Este plazo es muy superior al actualmente establecido de tres, que suponía que en la práctica se dificultaran extraordinariamente estas impugnaciones porque era prácticamente imposible personarse e interponer el recurso en tan poco tiempo.

Más interesante es sin duda el art. 13 referido a la participación de la víctima en la ejecución.

Si leemos los debates parlamentarios observamos que es el art. 13 el que ha ocupado un mayor enfrentamiento entre los grupos parlamentarios. Así los grupos nacionalistas e izquierda abogan por su supresión considerando que es:

a) Distorsionador la participación de la víctima porque es incluir la posibilidad de la venganza privada en la ejecución de la pena chocando con la finalidad resocializadora impuesta en el art. 25.2 CE. Además, no lo exige directiva comunitaria alguna⁷.

b) Innecesario al existir el fiscal como garante de la legalidad y de los derechos de las víctimas⁸.

7 *“Este proyecto es positivo en muchos ámbitos, pero en algunos otros es criticable precisamente porque el Gobierno ha ido rompiendo conceptos básicos en el derecho penal para buscar su imagen y su propaganda. ¿A qué me refiero? Nos preocupa mucho —lo dijimos ya en el trámite del Congreso y no fuimos el único grupo— cómo queda configurado el artículo 13 de este proyecto de ley, porque en nuestra opinión atribuye a las víctimas posibilidades de actuación exorbitantes que hacen referencia a su participación en el proceso penal de sus victimarios. Según dicho artículo, la participación de la víctima en la fase de ejecución, por una parte, no viene obligada por el desarrollo de ninguna normativa europea; por otra parte, no conocemos derecho comparado en el que se plantee, como se hace en este artículo 13; y por otra, provoca una serie de interferencias en el propio sistema penal y penitenciario español. El artículo 13 crea instrumentos para condicionar lo que el preámbulo de la ley califica de monopolio estatal para la ejecución de las penas. Pues bien, ese monopolio estatal queda roto, a pesar de lo que diga el preámbulo, por el artículo 13, porque puede comprometer, incluso seriamente, el cumplimiento de los fines constitucionales atribuidos a la pena por el artículo 25.2 de la Constitución española. Si la puesta en marcha de este proyecto supusiera un mayor número de negaciones de beneficios penitenciarios, es evidente que repercutiría negativamente en las expectativas de reinserción del penado y los fines constitucionales de la pena están fijados muy claramente, como he dicho, en el artículo 25”.* Intervención del diputado Sr. Esteban Bravo del PNV. Diario de Sesiones N° 272, p. 32 de 16 de abril de 2015.

8 *“Las razones que abonan la supresión del artículo 13 son las siguientes: En primer lugar, que la directiva no obliga a ello; en segundo lugar, que no existe apoyo en las líneas jurisprudenciales de nuestro Tribunal Constitucional ni de los tribunales europeos, sino todo lo contrario; en tercer lugar, que la exposición de motivos tampoco ofrece una justificación a esta medida, una medida que extiende la legitimación de las víctimas y que contraría lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial*

Por contra el grupo popular y el desaparecido partido político Unión Progreso y Democracia lo consideran necesario por cuanto entienden que la presencia del fiscal no es incompatible con la voz de la víctima⁹.

Por último, el grupo socialista, aunque aceptando la participación de la víctima en el proceso, sin embargo, considera que debe pasar por el tamiz del fiscal y sea éste en último término el que decida si la opinión de la víctima debe ser llevada a la ejecución penal¹⁰.

que la limita al ministerio fiscal y al interno o liberado condicional, quien deberá contar, en todo caso, con asistencia letrada. En nuestra opinión, limita la observancia del principio de legalidad en fase de ejecución, que es una función asumida por el ministerio fiscal y viene a interferir con las tareas del ministerio público. Además, compromete la normativa y la práctica penitenciarias no cuestionadas por nadie desde 1979 en este aspecto, ni por la doctrina ni por la jurisprudencia ni por la Administración. La protección debida a los derechos e intereses de las víctimas, la confianza y la colaboración de aquellas en el sistema de justicia penal no se consigue otorgándoles misiones que en un Estado de derecho competen a otros órganos estatales específicamente creados para ello, ni generándole cargas innecesarias o inmoderadas expectativas". Intervención del diputado Sr. Llamazares Trigo del Grupo Izquierda Plural. Diario de Sesiones N° 272, p. 35 de 16 de abril de 2015.

- 9 *"Señora presidenta, déjeme que deliberadamente haya dejado para el final el aspecto más novedoso y controvertido del proyecto, que es la participación de la víctima en la ejecución penal reservada para los delitos más graves. Señorías, ustedes saben que el artículo 13 es la esencia del texto con el que las asociaciones de víctimas están totalmente de acuerdo. Este artículo recoge que las víctimas puedan dar su opinión sobre el delito a la hora de que el juez tenga que pronunciarse sobre beneficios penitenciarios, sobre libertad condicional, sobre clasificación en tercer grado fundamentalmente para garantizar la seguridad de todas las víctimas. Ha sido una variable, ustedes lo saben, señorías, largamente demandada, muchas veces olvidada y que esta ley recoge para que nunca más pueda ocurrir. La Fundación Víctimas del Terrorismo ha solicitado que las víctimas, personas a las que el delito cambió su vida, tengan voz y sean oídas. Sabemos y reconocemos que es una reivindicación de enorme calado porque hasta ahora quienes únicamente estaban legitimados para intervenir en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad eran el ministerio fiscal y el propio penado, en la idea de que el cumplimiento de las penas es una potestad exclusiva del Estado; sin embargo, entendemos que en forma alguna es incompatible facilitar a la víctima ciertos cauces de participación en la ejecución con la conservación del monopolio absoluto sobre la ejecución de las penas, tal y como afirma en este caso el Consejo Fiscal y también el Consejo General del Poder Judicial. Es más, el informe del Consejo General del Poder Judicial acaba proponiendo la intervención, participación y audiencia de la víctima en la fase de ejecución de las penas, al considerar que la opinión no vinculante de la víctima en relación con la suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad tiene una muy especial importancia. Por eso, señoras y señores diputados, naturalmente compartimos el criterio de que el ministerio fiscal vele por el interés general y por la legalidad; cómo no, señorías, forma parte de nuestro Estado de derecho y de nuestro ordenamiento jurídico, pero entendemos que la defensa del interés general no puede cercenar el derecho fundamental de la víctima a poner en valor la defensa de su interés personal como víctima; y al intervenir la víctima en esta fase, se garantiza la confianza y la colaboración de las víctimas con la justicia penal y se observa el principio de legalidad, porque la decisión corresponde siempre a la autoridad judicial". Intervención del diputado Sr. Quintanilla Barba del Grupo popular. Diario de Sesiones N° 272, p. 38 de 16 de abril de 2015.*
- 10 *"Además, señorías, convertir a las víctimas en eje de la política penitenciaria es un error ético, pues o es exigirles una imparcialidad y una objetividad imposibles para ellas o es plegarse a una idea de justicia distinta a lo que debería imperar en una sociedad racional. A ello hay que añadir que el Estatuto del ministerio fiscal, como usted sabe, señor ministro, en su artículo 1 señala que tiene*

Pero por encima de discusiones jurídicas e ideológicas debemos comentar este art. 13 del Estatuto. En efecto, el estatuto concede una importante intervención a las víctimas en la ejecución, permitiéndoles recurrir, en condenas por ciertos delitos, las siguientes resoluciones del JVP, siempre y cuando la víctima lo hubiera solicitado expresamente conforme al art. 5.1, letra m de este Estatuto y aunque no esté personada en el procedimiento:

1. El auto por el que se posibilita la clasificación del penado en tercer grado antes de la extinción de la mitad de la condena del art. 36.2 CP, cuando se trate de un delito de homicidio, de aborto del art. 144, de lesiones, contra la libertad, tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual o robo con violencia o intimidación, delitos de terrorismo o delitos de trata de seres humanos.
2. En el supuesto de la acumulación jurídica de penas del art. 76 CP, la decisión relativa a que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima lo fuera por alguno de los delitos antes enumerados, de un delito de terrorismo, o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal, y;
3. El auto de libertad condicional, cuando se trate de alguno de los delitos a los que se refiere el párrafo 2º del artículo 36.2 CP, o cuando se trate de un delito de homicidio, de aborto del art. 144, de lesiones, contra la libertad, tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual o robo con violencia o intimidación, etc. y siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión.

por misión velar por la defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y por el interés público, y en particular el artículo 3.10 le atribuye la función de velar por la protección procesal de las víctimas, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y la asistencia efectiva. En consecuencia, nosotros entendemos que la mejor fórmula consistiría en que fuera el ministerio fiscal quien realizase una audiencia a las víctimas para escuchar sus alegaciones y que en última instancia sea el fiscal quien decida si formula o no los recursos ante la resolución judicial correspondiente. Entendemos que esa es la fórmula más coherente con lo que ha venido siendo la normativa en materia penitenciaria desde la restauración de la democracia en nuestro país y que, en consecuencia, no vulnera ninguna de las normas ni principios que, recordemos, establecen garantías y derechos para todos los ciudadanos. Da la sensación de que la intencionalidad oculta de este artículo 13, tal y como está formulado, es intentar reparar uno de los principales problemas que hoy se da en materia de ejecución penitenciaria, que es que el ministerio fiscal, muy probablemente por una falta de medios, no puede acometer la función prevista en la normativa que lo habilita para ello. Si la actual redacción obedece a una cuestión de falta de medios materiales del ministerio fiscal, debería dotársele de los recursos necesarios para que pueda ejercer su función en lugar de buscar fórmulas extrañas. Nos encontramos ante un grave problema si incluso en la propia ley se condiciona su ejecutividad a la disponibilidad presupuestaria". Intervención Diputado Sr. Corcuera Plaza del Grupo socialista. Diario de Sesiones N° 272, p. 38 de 16 de abril de 2015. Disponible en: www.congreso.es

Además, se legitima a las víctimas en este art. 13, con independencia de su personación o no en la causa, para solicitar medidas o reglas de conductas para el preso condicional que sean necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima; y para facilitar al juez o tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito, o el decomiso que hubiera sido acordado.

El Estatuto no recoge las observaciones que hizo el Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) ya que éste propuso ampliar las resoluciones recurribles por las víctimas: incluir no sólo el tercer grado y la libertad condicional sino también la *“suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad”*.

El Estatuto ha recogido la dura crítica que hacía el informe del CGPJ al anteproyecto de Estatuto ya que éste permitía a la víctima recurrir directamente sin necesidad de intervención de abogado o de procurador. Ahora lo que sí se permite es que el anuncio de la presentación del recurso sí puede hacerse sin la necesaria asistencia de abogado, luego se deduce que el recurso sí tendrá que ser suscrito por letrado. El deber de anunciar el recurso le corresponde a la víctima y deberá realizarla al Letrado de la Administración de Justicia (antiguo secretario judicial). Para ello dispone de un plazo máximo de cinco días contados desde la notificación. El plazo para recurrir es de quince días.

El art. 14 reconoce a la víctima el derecho de que se le reembolse de los gastos necesarios que hubiera tenido con preferencia al orden de prelación previsto en el art. 126 del código penal y que precisamente se ve modificado por esta ley en el sentido de que se antepone este crédito al crédito del propio estado pero supeditado a dos condiciones: la primera es que exista una expresa condena en costas y la segunda es que esta condena se hubiese obtenido a pesar de que el fiscal no hubiese formulado acusación o porque la víctima logró la revocación de la resolución de archivo por el recurso interpuesto por la misma. En este sentido podemos decir que la víctima únicamente cobrará si el fiscal ha mantenido una posición procesal distinta a la de la propia víctima.

El art. 15 aborda el tema de la llamada justicia restaurativa. La mediación sólo será posible si la víctima y el infractor consienten y este último realiza un reconocimiento previo de los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad. Sus conversaciones serán confidenciales.

Carecen de interés el art. 16 sobre justicia gratuita por cuanto el contenido del mismo ya existe en nuestra actual legislación remitiéndonos a lo ya expuesto sobre esta materia. Igualmente el art. 17 se refiere a víctimas de delitos cometidos en otros estados miembros de la Unión Europea indicando que cuando la autoridad española no sea competente y por tanto la víctima no pueda acceder al catálogo de derechos que estamos comentando, en este supuesto dicha denuncia será remitida a las autoridades competentes del estado en cuyo territorio se hubiera cometido, hecho lo cual, se comunicará al denunciante a los efectos oportunos.

El art. 18 que cierra el título segundo de la llamada participación de la víctima en el proceso penal no contiene en mi opinión novedad alguna viniendo a recoger lo ya contemplado en la ley de enjuiciamiento criminal sobre devolución de bienes a sus propietarios. La devolución del bien se hará siempre que carezca de interés policial, científico o judicial y deberá realizarse al legítimo propietario a la mayor brevedad posible.

6. Una víctima protegida

Es el título tercero, el que aborda en los artículos 19 a 26 la última parte del estatuto de las víctimas recogiendo los mecanismos de tutela y protección de las mismas.

El derecho a la protección comprende el derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor de igual modo entre la víctima y los familiares de una parte y el sospechoso o acusado por otro lado. También se reconoce el derecho a la protección de la intimidad de la víctima y a la vez los familiares de la misma. Para hacer realidad estos derechos se establece la obligación de realizar una evaluación individualizada de la víctima a fin de concretar sus específicas necesidades especiales de protección.

En efecto, el art. 23 recoge los criterios que se han de tener en cuenta a fin de fijar de forma singular qué necesita la víctima para evitarle los efectos perniciosos de la llamada segunda victimización. Como factores a tener en cuenta se establece si la víctima es discapacitada o la relación entre la víctima y el supuesto autor del hecho. Igualmente si la víctima es menor de edad y también se atiende a la naturaleza del hecho delictivo apareciendo una serie de delitos como los de terrorismo, delitos de violencia sobre la mujer o violencia doméstica, libertad sexual, o delitos cometidos por motivos racistas religiosos antisemitas etc. En este caso deberá tenerse en cuenta precisamente para fijar las medidas de protección. El apartado tercero del art. 23 nos advierte que en el caso de menores de edad víctimas de delitos contra la libertad o indemnidad sexual se aplicarán de forma obligatoria las medidas previstas en los apartados a b y c del art. 25 que son que el menor reciba declaración de forma que se garantice su tranquilidad para lo cual tiene que recibirse declaración en una dependencia especialmente concebida para ese fin. Esta medida casa mal con la escasez de medios materiales de la administración de justicia. Igualmente se establece la obligación de si es menor, que la víctima reciba la declaración por profesionales que hayan recibido una especial formación en este tipo de delitos. Por último se establece que la declaración se lleve a cabo siempre por la misma persona salvo los casos en los que sea imprescindible que lo haga directamente el juez o el fiscal.

Lo órganos competentes para la adopción de la medidas de protección son el juez de instrucción o de violencia o el fiscal en relación al ámbito de los menores o al ámbito de las llamadas diligencias de investigación. En la fase preprocesal serán los funcionarios de policía los que deberán adoptar las medidas de protección.

Para la fijación de las medidas de protección de la víctima siempre se ha de atender a la opinión de la misma por tanto se establece la obligación de escuchar a la víctima. La víctima siempre puede renunciar a las medidas de protección que contemplan los artículos 25 y 26 de esta ley salvo que se trate de menores o a personas con discapacidad en cuyo caso se le escuchará.

Las medidas de protección aparecen genéricamente recogidas en el art. 25 a las que hay que añadir las fijadas en el artículo 26 cuando se trate de menores o discapacitados.

Como medida ya hemos citado la declaración en dependencias especialmente concebidas, realizadas por profesionales e intentando que sea siempre la misma persona. Cuando se trate de víctima de delitos contra libertad sexual o delitos de violencia doméstica o de género la declaración puede llevarse a cabo por una persona del mismo sexo que la víctima cuando ésta expresamente así lo solicite, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o se deba tomar la declaración directamente por un juez o fiscal.

En mi opinión la posibilidad de que un tercero tome declaración a una víctima puede plantear problemas en la forma de llevarse a cabo. La practicada determinará que el juez o el fiscal pasen a este tercero el cuestionario de preguntas que le quieren realizar. Para ello se necesita un despliegue de medios de los que desgraciadamente carece la administración de justicia.

Durante el enjuiciamiento como medida de protección está evitar el contacto visual entre víctima y supuesto autor de los hechos. El art. 704 establece que *Los testigos que hayan de declarar en el juicio oral permanecerán, hasta que sean llamados a prestar sus declaraciones, en un local a propósito, sin comunicación con los que ya hubiesen declarado, ni con otra persona.* Ahora en el Estatuto se añade una nueva posibilidad, expresamente se hace referencia a la posibilidad de usar las nuevas tecnologías de la comunicación, ya recogida en el art. 731 bis LECr. Cuestión distinta es que por falta de medios no existan en muchos juzgados y tribunales una sala para los testigos. Por tanto, por biombo o por videoconferencia debe evitarse el contacto visual para garantizar un testimonio libre de cualquier interferencia. En consecuencia la víctima puede declarar en otra sala a través de videoconferencia. Resulta innecesario en mi opinión que se considere como medida de protección que el juez evite preguntas que afecten a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo. La prohibición de preguntas impertinentes, capciosas o inútiles ya aparecían recogidas en la ley de enjuiciamiento criminal (arts. 439 y 701). De todas maneras el precepto nada añade por cuanto el juez o tribunal excepcionalmente pueden admitirlas cuando consideren que a través de esas preguntas puede valorarse la credibilidad de la declaración de la víctima.

También aparece con medida de protección la celebración de la vista sin presencia de público lo cual no constituye lógicamente ninguna novedad

(art. 680 LECr). La única posible novedad es que el juez puede autorizar a determinadas personas para que estén presentes. Por tanto introduce una situación intermedia a la que contemplaba actualmente la ley, lo cual tampoco estaba expresamente prohibido por la misma.

A todas estas medidas hay que añadir las ya contempladas en el artículo dos de la ley orgánica 19/1994 de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. La figura del testigo protegido, no es exclusiva de España, sino que existe en Derecho comparado. En nuestra patria es la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales la que contiene su regulación. Dicha Ley, de carácter breve, con sólo 4 artículos establece en el art. 1 su ámbito de aplicación, ya que no todos los testigos pueden beneficiarse de las medidas tendentes a su protección previstas en la Ley, sino que será requisito necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella o de sus familiares.

Entre las medidas de protección que se otorgan a estos testigos protegidos, hay que diferenciar dos momentos procesales:

1) En la fase de instrucción o investigación, el Juez de Instrucción, cuando aprecie la existencia de riesgo o peligro real, adoptará las medidas necesarias para preservar la identidad del testigo protegido, su domicilio, profesión y lugar de trabajo..., y así por ejemplo se podrá eliminar cualquier referencia a sus datos personales o de cualquier otro dato que pueda permitir identificarlo, sustituyendo su nombre por un código alfanumérico, compareciendo ante el juzgado con medios o artificios que imposibiliten su identificación visual, como pelucas, pasamontañas...; además se deberá cuidar por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la propia autoridad judicial, que no sea captado en imágenes, e incluso, en caso de que fuese necesario, a la vista del riesgo o peligro que atenaza al testigo, brindarle protección policial.

2) De cara a la fase del juicio oral, el art. 4 de la referida ley, establece la posibilidad del Juez de mantener, modificar o suprimir las medidas de protección del testigo adoptadas por el Juez de Instrucción, e incluso establecer otras nuevas que considere necesarias, aunque siempre de forma motivada.

La dificultad en la práctica viene de armonizar el derecho del acusado a un juicio bajo los principios de oralidad, publicidad, intermediación y defensa con el derecho de la víctima a estar protegida. La seguridad del testigo no puede bajo ningún concepto mermar los derechos del acusado. Ya el propio art. 4.5 de la citada ley nos advierte que las declaraciones de los testigos protegidos efectuadas en instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral. Si se consideraran de imposible reproducción, a efectos del art. 730 LECr, habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes.

Los problemas que emergen en la práctica procesal diaria con las declaraciones de los testigos protegidos se focalizan generalmente en dos puntos principales: el descubrimiento de la identidad del testigo y la forma más o menos opaca o encubierta en que éste presta su declaración en la vista oral del juicio. En cuanto al primer aspecto (la identificación nominal del testigo protegido), el interés personal del testigo en declarar sin que sea conocida su identidad con el fin de evitar cualquier clase de represalia que pudiera poner en riesgo su vida o integridad física, suele entrar en colisión con el derecho de las defensas a cuestionar la imparcialidad, credibilidad y la fiabilidad del testimonio de cargo, que pudiera fácilmente devaluarse en el caso de que se constatará cualquier clase de hostilidad, enemistad o animadversión entre el testigo y el acusado. Sin olvidar tampoco que también es relevante conocer las razones de conocimiento del testigo y posibles patologías personales que pudieran repercutir en la veracidad y fiabilidad de sus manifestaciones. La contradicción queda, pues, notablemente limitada y con ella el derecho de defensa. De ahí que el art. 4.3 de la citada ley reconozca el derecho a las partes de solicitar motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos. El órgano de enjuiciamiento en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, se pronunciará sobre la cuestión.

Y en lo que respecta a la segunda cuestión la forma de deponer en el plenario, también es habitual que el testigo protegido muestre su deseo de no ser visto u observado al menos por los acusados y por el público, y en algunas ocasiones incluso por las defensas de las partes. En estos casos la tutela de sus derechos personales entra en conflicto con la aplicación de los principios de inmediación y de contradicción, pues se priva a las partes procesales y a los acusados de comprobar a través de la visualización directa la convicción, veracidad y firmeza con que declara el testigo y se puede también limitar en alguna medida el grado de la contradicción procesal.

Únicamente para menores y personas con discapacidad la ley prevé que las declaraciones realizadas en fase de investigación puedan ser grabadas y reproducidas en el acto del juicio remitiéndose para su realización y valoración a lo previsto por la ley de enjuiciamiento criminal. Igualmente para casos de menores y discapacitados la declaración podrá realizarse por medio de expertos. Es posible por tanto realizar prueba anticipada y evitar que el menor tenga que acudir a juicio.

El problema nuevamente viene en la necesidad de respetar el derecho de la defensa La Sentencia del Tribunal Supremo Nº 470/2013, de 5 de junio Nº 470/2013, rec. 1745/2012, ROJ: STS 2887:2013, ECLI: ES:TS:2013:2887, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido recoge los requisitos (FJ 10) que han de darse para que la prueba anticipada respecto a menores pueda admitirse como prueba válida para enervar la presunción

de inocencia. Esto requisitos son los genéricos exigidos es decir la necesidad de la prueba y el cumplimiento de las garantías para el investigado. Por tanto, ha de existir una justificación suficiente para que se admita la prueba y ésta no es otra que la acreditación por un experto de que la realización ordinaria de la prueba, es decir que el menor tenga que declarar de nuevo ante el órgano de enjuiciamiento puede producirle daños psicológicos. Consecuentemente el hecho de ser menor de edad no justificada per se la realización de la prueba. Y por otra parte el cumplimiento de las garantías formales a las que hemos hecho referencia. Dice el Supremo:

En los supuestos de menores víctimas de un delito puede estimarse excepcionalmente concurrente una causa legítima que impida su declaración en el juicio oral, y en consecuencia que otorgue validez como prueba de cargo preconstituida a las declaraciones prestadas en fase sumarial con las debidas garantías.

Los supuestos que permiten prescindir de dicha declaración en el juicio concurren cuando existan razones fundadas y explícitas para apreciar un posible riesgo para la integridad psíquica de los menores en caso de comparecer (acreditadas a través de un informe psicológico, ordinariamente), valorando el Tribunal sentenciador las circunstancias concurrentes, singularmente la edad de los menores.

Pero, en estos casos, debe salvaguardarse el derecho de defensa del acusado, sustituyendo la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción, en cuyo desarrollo se haya preservado el derecho de la defensa a formular a los menores, directa o indirectamente, cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias.

Contiene la misma doctrina la Sentencia del Tribunal Supremo N° 598/2015, de 14 de octubre, N° 598/2015, rec. 10389/2015, ROJ: STS 4426:2015, ECLI: ES:TS:2015:4426, Pte: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel. (FJ 1):

Esta Sala tiene ya una doctrina consolidada acerca de los aspectos que deben ser tenidos en cuenta cuando se plantea la cuestión relativa a la declaración en el proceso de menores víctima de delitos contra la libertad o indemnidad sexual, en atención a la necesidad de preservar la integridad psíquica del menor sin perjudicar los derechos de defensa del acusado. Esa doctrina tiene como punto de partida la necesidad de respetar adecuadamente los derechos del acusado en el proceso, por lo cual, como se ha afirmado, la justicia penal no puede obtenerse a cualquier precio, y por relevante que sea el bien jurídico que pretenda tutelarse, en ningún caso puede justificar el prescindir de las garantías fundamentales del derecho de defensa, que constituyen las bases esenciales de nuestro sistema jurídico...

Pero el proceso debe contemplar también medidas y actuaciones encaminadas a dispensar la adecuada protección a las víctimas. Cuando se trata de menores de edad, es necesario atender especialmente a las necesidades de protección del menor, que adquieren una especial relevancia cuando se trata de delitos que atentan a su indemnidad sexual...

Como novedad el Estatuto establece que el fiscal recabará del juez o tribunal la designación de un defensor judicial para la víctima para que la represente en la investigación y en el proceso penal cuando se trate de menores que tienen un conflicto de intereses entre dichos menores y sus legales representantes. En el caso de que sea sólo con uno de los progenitores se deberá nombrar también un defensor judicial cuando el otro progenitor no se encuentre en condiciones adecuadas para representar y asistir al menor. También cuando la víctima menor de edad no se encuentre acompañada o se encuentra separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos cautelares.

Por último se recuerda que cuando existan dudas sobre la edad de la víctima y no pueda ser determinada con certeza se presumirá que se trata de una persona menor de edad a los efectos de la aplicación de las medidas de protección previstas en esta ley.

7. Formación y sensibilización

Bajo esta denominación me quiero referir a las disposiciones comunes previstas en el título cuarto y último de esta ley que tratan de optimizar los medios materiales de los que se dispone. Como ya indicamos al principio de este trabajo la ley ningún caso debe suponer incremento del gasto público. Básicamente se atribuye a las oficinas de asistencia a las víctimas la realización y materialización de buena parte de los derechos reconocidos a las víctimas en la presente ley. En todo caso la ley fija las funciones mínimas que deben desempeñar las oficinas de asistencia a las víctimas si quieren recibir esa denominación y son las contempladas en el art. 28.

El T. III del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito se ocupa detalladamente de las funciones y competencias de estas oficinas.

Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas (en adelante OAV) tienen como objetivo general prestar una asistencia integral, coordinada y especializada a las víctimas como consecuencia del delito y dar respuesta a las necesidades específicas en el ámbito jurídico, psicológico y social (art. 17 Real Decreto 1109/2015).

El modelo de atención o intervención asistencial que se llevará a cabo desde las OAV para las víctimas implicará dos tipos de actuaciones:

- Actuaciones enmarcadas en un modelo de asistencia de carácter general e individualizado para cada víctima:
- Para realizar esta asistencia las OAV realizarán planes de asistencia individualizados en las áreas jurídica, psicológica y social, con el fin último de minimizar la victimización primaria y evitar la secundaria, coordinándose, además, con todos los servicios competentes en atención a las víctimas (art. 20 del Real Decreto 1109/2015).

Sin perjuicio de lo que acuerden las autoridades judiciales o fiscales competentes, la OAV realizará una evaluación individualizada de la víctima (artículo 30 del Real Decreto 1109/2015) que atenderá a las necesidades manifestadas por la misma, así como a su voluntad y respetará plenamente su integridad física, mental y moral. Asimismo, la evaluación determinará la forma de prevenir y evitar las consecuencias de la victimización primaria, reiterada y secundaria, la intimidación y las represalias.

Tras el proceso de evaluación individualizada, las OAV podrán realizar un informe (art. 31 del Real Decreto 1109/2015) con el consentimiento previo e informado de la víctima que será remitido con carácter reservado a la autoridad judicial o fiscal competente para adoptar las medidas de protección.

En el informe de evaluación individualizada, las OAV podrán proponer las medidas que se estimen pertinentes para la asistencia y protección de la víctima durante la fase de investigación, especialmente cuando se trate de víctimas especialmente vulnerables.

La asistencia a las víctimas se realizará en cuatro fases: la acogida-orientación, la información, la intervención y el seguimiento (art. 25 del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre).

Las fases se realizan en función de las necesidades de la víctima por lo que el orden regular de las mismas puede verse alterado atendiendo a la situación de la víctima. Estas fases son:

1. FASE DE ACOGIDA Y ORIENTACIÓN

La orientación supondrá informar desde una perspectiva muy global de las actuaciones que debe realizar la víctima, de los problemas a los que se puede enfrentar y de las posibles consecuencias.

Con carácter general se realizará a través de una entrevista, presencial o telefónica, donde se utilizará un lenguaje claro y sencillo. La entrevista tiene como fin que la víctima plantee sus problemas y necesidades, para así poder orientarla, analizar posibles intervenciones de otros recursos y, si procede, la derivación a los mismos.

2. FASE DE INFORMACIÓN

La víctima tiene derecho, desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir, sin retrasos innecesarios, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos.

En particular, se facilitará información sobre:

- Cómo efectuar la denuncia y procedimiento para su interposición.
- Servicios especializados y recursos psicosociales y asistenciales disponibles, independientemente de que se interponga denuncia, y cómo se accede a los mismos.
- Medidas de asistencia y apoyo (médicas, psicológicas o materiales) para las víctimas y cuál es el procedimiento para obtenerlas, incluyendo, cuando resulte oportuno, información sobre las posibilidades de obtener un alojamiento alternativo.
- Cómo obtener asesoramiento y defensa jurídica y, en su caso, condiciones en las que pueda obtenerse gratuitamente.
- Acompañamiento de la víctima, a lo largo del proceso, a juicio si lo precisara y/o a las distintas instancias penales.
- Posibilidad de solicitar medidas de protección y, en su caso, procedimiento para hacerlo.
- Asesoramiento sobre los derechos económicos relacionados con el proceso, en particular sobre las ayudas e indemnizaciones a las que pueda tener derecho por los daños y perjuicios causados por el delito y, en su caso, procedimiento para reclamarlas.
- Procedimiento por medio del cual la víctima pueda ejercer sus derechos en el caso de que resida fuera de España.
- Recursos que puede interponer contra las resoluciones que considere contrarias a sus derechos.
- Datos de contacto de la autoridad encargada de la tramitación del procedimiento y cauces para comunicarse con ella.
- Servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que sea legalmente posible.
- En qué supuestos puede obtener el reembolso de los gastos judiciales y, en su caso, procedimiento para reclamarlo.
- Derecho a ser informada sin retrasos innecesarios de la fecha, hora y lugar del juicio, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor.

3. FASE DE INTERVENCIÓN

a) Intervenciones en el ámbito jurídico

Las Oficinas prestarán la atención jurídica y, en concreto, facilitarán información sobre el tipo de asistencia que la víctima puede recibir en el marco de las actuaciones judiciales, los derechos que puede ejercitar en el seno

del proceso, la forma y condiciones en las que puede acceder a asesoramiento jurídico y el tipo de servicios u organizaciones a las que puede dirigirse para recibir apoyo (art. 21 Real Decreto 1109/2015).

La atención jurídica será en todo caso general sobre el desarrollo del proceso y la manera de ejercitar los distintos derechos, dado que la orientación y asistencia jurídica del caso concreto corresponde a quien asuma la asistencia letrada.

b) Intervenciones en el ámbito médico-psicológico

La asistencia psicológica que las Oficinas ofrecen a las víctimas (art. 22 del Real Decreto 1109/2015) supone:

La evaluación y el tratamiento de las víctimas más vulnerables para conseguir la disminución de la crisis ocasionada por el delito; el afrontamiento del proceso judicial derivado del delito; el acompañamiento a lo largo del proceso y la potenciación de las estrategias y capacidades de la víctima, posibilitando la ayuda del entorno de la víctima.

El estudio y la propuesta de aplicación de las medidas de protección que minimicen los trastornos psicológicos derivados del delito y eviten la victimización secundaria, conforme a lo previsto en el Estatuto de la Víctima del Delito.

Las OAV deberán realizar un plan de apoyo psicológico para las víctimas especialmente vulnerables o necesitadas de especial protección.

Este plan tendrá como fin general que la víctima pueda seguir el proceso penal sin volver a vivenciar angustia, fortalecer su autoestima, fortalecer la toma de decisiones y, en particular, aquellas que tienen relación con medidas judiciales.

c) Intervenciones económicas

Las víctimas del delito disponen de las ayudas establecidas en la Ley 35/1995 de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, que serán solicitadas en los casos y siguiendo el procedimiento previsto por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. La competencia para la tramitación y resolución de las solicitudes de las ayudas públicas establecidas en la Ley corresponderá a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del actual Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (art. 21 Real Decreto 738/1997).

Con respecto a las ayudas económicas, las Oficinas tienen principalmente una función informativa y de ayuda en la tramitación de las peticiones.

d) Intervenciones socio-asistenciales

La intervención social que realizan las OAV supone la coordinación y, en su caso, derivación a servicios sociales, instituciones u organizaciones de asistencia

a víctimas para garantizar alojamiento seguro, atención médica inmediata, ayudas económicas que pudieran corresponderles, con especial atención a las necesidades derivadas de situaciones de invalidez, hospitalización, fallecimiento y las agravadas por la situación de vulnerabilidad de las víctimas (artículo 23 del Real Decreto 1109/2015).

4. FASE DE SEGUIMIENTO

Las Oficinas realizan el seguimiento de la víctima, especialmente de las más vulnerables, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión (art. 29 del Real Decreto 1109/2015).

En la fase de seguimiento las Oficinas analizan la situación jurídica, médico-psicológica, socio-asistencial y económica de la víctima tras el delito en distintos períodos de tiempo. En función de la situación de la víctima, se deberá establecer cuál es el momento adecuado del seguimiento.

- Actuaciones orientadas a la creación y desarrollo de una red de coordinación con todos los servicios competentes para la asistencia a las víctimas.

En este ámbito de actuaciones de las Oficinas se incluye la creación de la Red de Coordinación asistencial, ya que parte de la asistencia que prestan las OAV se realiza por el propio personal de la OAV, mientras que otras actuaciones de asistencia se realizan a través de la derivación a servicios especializados.

Las OAV en su actuación colaborarán y se coordinarán con los organismos, instituciones y servicios que puedan estar implicados en la asistencia a las víctimas (art. 34 del Real Decreto 1109/2015): judicatura, fiscalía, servicios psicosociales de la administración de justicia, fuerzas y cuerpos de seguridad, servicios sociales, servicios de salud, asociaciones y organizaciones sin ánimo de lucro, sobre todo en los casos de víctimas vulnerables con alto riesgo de victimización.

En estas disposiciones comunes se recuerda igualmente a las administraciones públicas y a los colegios de abogados y procuradores la obligación de realizar actividades formativas y de sensibilización para que los principios de protección a las víctimas sean una realidad. Cuestión contemplada en la ley pero que no se aborda en el Reglamento lo cual resulta criticable. En este contexto, igualmente se recomienda la realización de protocolos de actuación que fomenten tanto la cooperación entre los colectivos profesionales afectados como igualmente la realización de convenios internacionales o instrumentos de esta naturaleza tendentes igualmente a la realización de los principios y derechos contemplados en esta materia.

Este trabajo también quiere humildemente contribuir a la labor de sensibilización con las víctimas para no olvidarlas ya que tuvieron la desgracia de sufrir en sus carnes o patrimonio la violencia implícita o explícita de todo hecho delictivo.

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

LAS PENAS SUSTITUTIVAS DE LA NUEVA LEY N° 18.216 Y SU RELACIÓN CON LAS PENAS DE INHABILIDAD PARA CARGOS Y OFICIOS PÚBLICOS, DERECHOS POLÍTICOS Y PROFESIONES TITULARES

Yelica Lusic Nadal¹

I. Planteamiento del tema a tratar

A propósito de la resistencia de una institución pública para cumplir con la aplicación de las penas de inhabilidad impuestas por una sentencia condenatoria ejecutoriada a favorecidos con algunas de las penas sustitutivas de la actual Ley N° 18.216, se presenta este breve análisis de los efectos de la mencionada ley en relación a la aplicación de dichas penas.

II. Penas de inhabilidad y sus efectos

Nuestro Código Penal contempla, en su artículo 21 una escala general de penas que ordena según su gravedad, lo que permite a su vez clasificar los delitos en crímenes, simples delitos y faltas, de acuerdo a la pena que, en abstracto, corresponde aplicar al hecho investigado².

Asimismo, de dicha normativa se desprende una segunda categoría de penas, que distingue entre *principales y accesorias*, considerando para su diferenciación la posibilidad de aplicarse de forma autónoma o independiente de otras que se establecen por la ley para cada delito o bien complementaria de otra, de la cual depende y sigue su suerte, porque así lo ha dispuesto el legislador de manera general o particular para determinados delitos³.

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

2 Respecto a esta materia Guzmán Dalbora destaca que, a diferencia del modelo español y francés, la Comisión Redactora se apartó de la fuente en una cuestión de envergadura, ya que mientras esos textos dividían las penas atendiendo a su fin (penas aflictivas y correccionales), el chileno prefirió disponerlas tomando en cuenta su gravedad. GUZMÁN DALBORA, José Luis, citado por CILLERO, Miguel. “Comentario al artículo 21”. En: COUSO SALAS, Jaime / HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (directores). Código Penal comentado. Santiago, Chile, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, 2011, p. 452.

3 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2001, Tomo I, p. 264.

Observamos así que la mayoría de las penas contempladas en el art. 21 tienen el carácter de sanciones principales, precisando la misma disposición aquéllas que revisten el carácter de penas accesorias⁴, al igual que lo hacen los art. 22 y 23 del mismo código.⁵

El catálogo general de penas, clasificadas y ordenadas según su gravedad, es un elemento fundamental para la construcción e interpretación sistemática de las disposiciones penales en el marco del respeto al principio de legalidad de las penas⁶.

Teniendo presente esta escala, así como lo dispuesto por el artículo 25 del CP, que trata los límites, la naturaleza y efectos de las penas, puede concluirse que son penas de crimen: i) Aquellas penas privativas y restrictivas de libertad de más de cinco años (mayores) o perpetuas; ii) Todas las penas de inhabilitación, y iii) Las penas de multa superiores a 20 UTM⁷.

Al centrar el examen en las penas de inhabilitación, observamos que encuentran su definición en los artículos 38 y 39 del CP, que también disponen los efectos que producen:

“Artículo 38. La pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesionales titulares, y la de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos y profesiones titulares, producen:

1°. La privación de todos los honores, cargos, empleos y oficios públicos y profesiones titulares de que estuviere en posesión el penado, aun cuando sean de elección popular.

2°. La privación de todos los derechos políticos activos y pasivos y la incapacidad perpetua para obtenerlos.

3°. La incapacidad para obtener los honores, cargos, empleos, oficios y profesionales mencionados, perpetuamente si la inhabilitación es perpetua y durante el tiempo de la condena si es temporal.

4° Derogado”.

4 En efecto precisa el artículo 21 del Código Penal que tienen el carácter de penas accesorias de los crímenes y simples delitos: Incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal, en conformidad al Reglamento carcelario. Las penas sustitutivas por vía de conversión de la multa y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

5 Precisa el art. 22 que son penas accesorias las de suspensión e inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares en los casos en que, no imponiéndolas especialmente la ley, ordena que otras penas las lleven consigo. Por su parte el art. 23 aclara que caución y la sujeción a la vigilancia de la autoridad podrán imponerse como penas accesorias o como medidas preventivas, en los casos especiales que determinen este Código y el de Procedimientos.

6 CILLERO, ob. cit., p. 452.

7 CILLERO, ob. cit., p. 456.

“Artículo 39. Las penas de inhabilitación especial perpetua y temporal para algún cargo u oficio público o profesión titular, producen:

1°. La privación del cargo, empleo, oficio o profesión sobre que recaen, y la de los honores anexos a él, perpetuamente si la inhabilitación es perpetua, y por el tiempo de la condena si es temporal.

2°. La incapacidad para tener dicho cargo, empleo, oficio o profesión u otros en la misma carrera, perpetuamente cuando la inhabilitación es perpetua, y por el tiempo de la condena cuando es temporal”.

Estas penas reciben el nombre doctrinario de *penas privativas de otros derechos* o *penas de interdicción*⁸, cuyo precedente serían las penas infamantes, siendo aplicables sea en carácter de penas principales o bien de penas accesorias⁹; siendo un ejemplo de aplicación de las mismas en carácter de penas principales, el caso de los delitos de corrupción, sancionados en el Título V Libro II del Código Penal.

En el caso de recibir aplicación como *penas accesorias* debe seguirse lo dispuesto por los art. 27 a 31 del Código Penal, esto es, aplicarse atendiendo a las penas privativas o restrictivas de libertad impuestas en concreto, según los grados de desarrollo del delito y la participación que corresponda en el mismo al condenado; atendiendo igualmente a las circunstancias concurrentes, siempre que no se encuentren asignadas por ley al delito correspondiente¹⁰.

En relación a la naturaleza de las penas privativas de otros derechos, conforme señala el profesor Cury, se trata de sanciones que si bien no tienen por finalidad la privación o restricción de la libertad ambulatoria del sentenciado, de cierta forma afectan su libertad, al privarlos de la posibilidad de ejercer ciertos derechos, desempeñar determinados cargos públicos o profesiones, o bien ejecutar determinada actividad, como lo es la posibilidad de conducir

8 CILLERO, en: COUSO/HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 459.

9 En el caso de ser aplicadas en carácter de accesorias, prescribe el art. 22 del Código Penal: Son penas accesorias las de suspensión e inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares en los casos en que, no imponiéndolas especialmente la ley, ordena que otras penas las lleven consigo.

10 POLITOFF LLIFSCHITZ, Sergio / MATUS ACUÑA, Jean Pierre / RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, parte general. 2ª edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2010, págs. 488-489; que precisan (citando una SCC 27.07.1876, en G. 1538, p. 789) que no es posible imponer una pena accesoria no prevista en la ley, por el solo efecto que de la acumulación de penas principales que no la llevan consigo resulte una duración total de la pena que sí admitiría la accesoria que se trata, como sucedería si se acumulasen dos penas de reclusión de dos años y se aplicase la pena accesoria correspondiente a una pena de reclusión de más de tres años.

vehículos de tracción mecánica o animal, y últimamente a la posibilidad de ejercer cargos, empleos, oficios o profesiones en el ámbito educacional.

Si bien una parte de la doctrina plantea que la inhabilitación es una sola¹¹, otros autores estiman que es posible de separar según el tipo de bienes que afecta. Así, se contemplan las inhabilitaciones *para derechos políticos*, las inhabilitaciones *para cargos y oficios públicos* y las inhabilitaciones *para profesiones titulares*¹².

En el caso de las inhabilitaciones para cargos y oficios públicos, precisa el profesor Garrido Montt que éstas pueden ser absolutas o especiales. Las absolutas “*comprende todo tipo de cargos y oficios públicos, en el alcance que le otorga a esta noción el artículo 260, y no el que podría desprenderse del Estatuto Administrativo, que para los efectos penales resulta insuficiente, al quedar al margen de tal concepto funciones de tanta importancia como la de un notario público, un concejal, entre otras*”¹³; En la misma línea de pensamiento plantea Etcheberry que “[p]or ‘cargos y oficios públicos’ deben entenderse, aunque el Código no los define, todos aquellos empleos o actividades en que se desempeña una función pública, según el amplio concepto del artículo 260 del Código Penal, que, si bien no es de aplicación obligatoria en esta materia, responde sin embargo a la naturaleza y finalidad de esta pena. La acepción del concepto de empleado o funcionario público que contiene el Estatuto Administrativo resulta demasiado restringida para los efectos penales, y produciría el efecto de dejar fuera de la noción de cargo público a un empleado municipal o a la calidad de Notario Público”¹⁴.

Por su parte, la inhabilitación especial impide el ejercicio de un cargo u oficio determinado. De la misma opinión el profesor Cury, quien indica: “[p]or cargos y oficios públicos debe entenderse todo empleo o actividad públicos, en el sentido amplio que prescribe el artículo 260 del CP”¹⁵.

En cuanto a los efectos que producen estas sanciones, ellos están precisados por los artículos 38 y 39 del CP; los que –respecto a la pena de inhabilitación para cargos y oficios públicos– se refieren a la privación del cargo, empleo y oficio público de que estuviere en posesión el penado, así como la imposibilidad de acceder a los mismos.

11 GUZMÁN DALBORA, citado por Cillero, en COUSO/HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 459.

12 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2001, Tomo I, p. 295.

13 *Ibidem*.

14 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*. 3° ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, p. 160. Del mismo parecer CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 746.

15 CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 746.

En lo que dice relación con la ejecución de estas penas, Etcheberry aclara que para su cumplimiento basta con la inscripción de la sentencia condenatoria en el Registro General de Condenas de acuerdo con el Decreto Ley N° 645.

III. Penas de inhabilidad y los efectos de la condena por crimen o simple delito en el derecho administrativo

Al revisar el Estatuto Administrativo (Ley N° 18.834), encontramos que su art. 125 letra c) castiga con la medida disciplinaria de destitución al funcionario que haya sido objeto de una condena por crimen o simple delito, con total independencia de la magnitud de la pena impuesta¹⁶.

De igual manera se constata que los requisitos exigidos para ingresar a la administración pública, se precisan por el art. 12 letras e) y f) que indican como necesario para ello: “no haber cesado en un cargo público [...] por medida disciplinaria” y “no hallarse condenado por delito que tenga asignada pena de crimen o simple delito”¹⁷.

Lo antes examinado significa que la condena por cualquier crimen o simple delito –salvo la excepción precisada por el art. 12 letra f) parte final del Estatuto Administrativo– trae aparejada la privación del empleo o cargo público que se desempeña actualmente al igual que la incapacidad para ejercerlo en el futuro, traducida en la imposibilidad de ingresar nuevamente a la Administración Pública¹⁸.

Asimismo, el cumplimiento del tiempo de la condena y de las penas accesorias correspondientes habilita al que las sufrió a reintegrarse a la Administración

16 Ley N° 18 834, Artículo 125.- La destitución es la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento de poner término a los servicios de un funcionario.

La medida disciplinaria de destitución procederá sólo cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa, y en los siguientes casos:

- a) Ausentarse de la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada;
- b) Infringir las disposiciones de las letras i), j), k) y l) del artículo 84 de este Estatuto;
- c) Condena por crimen o simple delito, y
- d) Efectuar denuncias de irregularidades o de faltas al principio de probidad de las que haya afirmado tener conocimiento, sin fundamento y respecto de las cuales se constatare su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado.
- e) En los demás casos contemplados en este Estatuto o leyes especiales.

17 Incorporando la norma citada una excepción en el caso de optar a cargos de auxiliares y administrativos, en los que no será impedimento para el ingreso encontrarse condenado por ilícito que tenga asignada pena de simple delito, siempre que no sea de aquellos contemplados en el Título V, Libro II, del Código Penal.

18 Con la excepción de los cargos administrativos y de auxiliares que precisa el art. 12 letra f) antes citado.

Pública, en la medida que además haya transcurrido el plazo de 5 años desde la fecha de su destitución, conforme precisa el art. 12 letra e) del Estatuto Administrativo, así como la dictación de un *decreto supremo de rehabilitación*, conforme prescribe el art. 38 letra f) de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, organismo que mantiene el registro general de personas incapacitadas para ingresar a la Administración¹⁹.

IV. Beneficios que reconocía la antigua Ley N° 18.216²⁰

La redacción de la Ley N° 18.216, previa a la adecuación de la Ley N° 20.603 del año 2012, reconocía tres *medidas alternativas* al cumplimiento de las penas privativas o restrictivas de libertad: remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y finalmente libertad vigilada.

Dichas medidas alternativas se clasificaban por una parte de la doctrina entre *medidas relativas a la suspensión de la ejecución* de la pena privativa de libertad y *penas alternativas a la prisión* propiamente tales²¹.

La doctrina mencionada entendía que las primeras –las relativas a la suspensión de la ejecución de la pena– no constituían penas autónomas distintas a la prisión, sino *formas de suspensión condicional de la pena privativa de libertad*, cuyo incumplimiento provocaba necesariamente la imposición de la pena privativa de libertad primitivamente impuesta; por el contrario las *penas alternativas a la prisión* se planteaban como penas principales, excluyentes de la pena de prisión, de modo que su incumplimiento no se encontraba amenazado con la imposición de la pena privativa de libertad.

De esta forma reunían el carácter de *medidas relativas a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad*, la remisión condicional y la libertad vigilada, por su parte la reclusión nocturna era estimada una *pena alternativa a la prisión*.

Conforme a lo dispuesto por la antigua Ley N° 18.216, el cumplimiento de los requisitos que imponían las medidas alternativas significaba el tener por cumplida la pena privativa o restrictiva de libertad inicialmente impuesta (así lo declaraba el antiguo art. 28 de dicha ley). Asimismo provocaba para los beneficiados con la remisión condicional y la libertad vigilada, la *eliminación definitiva*, para todos los efectos legales y administrativos –salvo

19 POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, ob. cit., págs. 489-490.

20 Modificada por la Ley N° 20.603, Ministerio de Justicia, promulgada el 13 de junio del 2012 y publicada en el Diario Oficial el 27 de junio del mismo año. Inicio de vigencia el 27 de diciembre del 2013.

21 De este parecer POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, ob. cit., p. 543.

las certificaciones que se otorgaban para el ingreso a las Fuerzas Armadas, de Orden y Gendarmería de Chile y las que se requerían para su agregación a un proceso criminal— de las anotaciones prontuariales que dieron origen la sujeción a proceso y la condena (disponía el art. 29 de la ley). E incluso el solo otorgamiento del beneficio por sentencia ejecutoriada tenía merito suficiente para la *omisión* de dichos antecedentes en tales certificados, con las mismas excepciones antes mencionadas (según disponía el aludido art. 29 de la ley)²².

V. Interpretación extensiva de los beneficios que reconocía la antigua Ley N° 18.216

Si recordamos lo planteado al iniciar este análisis, las penas de inhabilidad pueden aplicarse en el carácter de penas principales o bien como accesorias, según lo dispuesto por los artículos 21 y 22 del Código Penal.

Un ejemplo de su aplicación en el carácter de principal lo encontramos en los delitos del título V del libro segundo del Código Penal que agrupa a los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.

En el caso de recibir aplicación como penas accesorias surge la interrogante acerca de la vigencia de las penas de inhabilitación, en la hipótesis que el condenado resultara beneficiario de alguna de las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad, especialmente si resultaba favorecido con la remisión condicional o bien la libertad vigilada, cuyo cumplimiento —según vimos— provocaba los efectos descritos por los art. 28 y 29 de la antigua Ley N° 18.216, esto es, el cumplimiento de la pena y la *eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos* de las anotaciones prontuariales que dieron origen la sujeción a proceso y la condena.

En este escenario, una parte de la doctrina optó por plantear una *interpretación extensiva de los efectos de las medidas alternativas* consagradas por la antigua Ley N° 18.216²³, y de esta forma —apoyada en una jurisprudencia administrativa²⁴—

22 CURY, ob. cit., p. 734.

23 De este parecer GUZMÁN, en: COUSO/HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 460; POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 490; CILLERO, en: COUSO/HERNÁNDEZ, ob. cit., págs 460 y sgtes.

24 Al respecto puede mencionarse el Dictamen N° 11.750 de 1993 que indica: “*no procede aplicar medida disciplinaria de destitución, ni declarar vacante el cargo por falta de idoneidad moral, a funcionario municipal condenado por juzgado de letras por el delito de conducir en estado de ebriedad causando la muerte de un tercero, a pena de presidio y a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante todo el tiempo que dure la condena. ello, porque al afectado se le concedió la remisión condicional de la pena y por tanto, conforme ley 18216 art/29, la franquicia de que en sus certificados de antecedentes se omitan las anotaciones que originaron la encargatoria de reo y la condena,*

estimó que no procedía la aplicación de la medida de destitución, que contempla el Estatuto Administrativo o bien la imposibilidad de acceder a la Administración Pública, en el caso de un beneficiario de la antigua Ley N° 18.216 que cumpliera las condiciones que imponían dichas medidas.

Este planteamiento encontró su fundamento en el supuesto que el legislador penal pretendió dotar de una racionalidad, en cierto modo restrictivo, a la imposición de las penas de inhabilitación y suspensiones, particularmente al aplicarlas como penas accesorias²⁵, recordando que los artículos 38 al 40 de Código Penal, junto al artículo 76, exigen delimitar el marco de la inhabilitación, es decir, los cargos y oficios públicos sujetos a las interdicciones²⁶; no obstante esa finalidad se veía modificada, de una forma que extendía la punibilidad, en sede administrativa, toda vez que los artículos 12 letra f) así como el 25 letra c) del Estatuto Administrativo, exigían como requisito para el ingreso a la administración el no haber sido condenado por crimen o simple delito y asimismo sancionaban con la destitución del cargo al condenado por crimen o simple delito, lo que provocaba un efecto expansivo de la punición accesoria de las penas de inhabilitación y de la pena de suspensión, rechazado por la doctrina que se expone, al revestir a la punición accesoria de un alcance del que no la dotó el Código Penal²⁷.

garantía que se convierte en la eliminación definitiva de tales antecedentes prontuarios, para todos los fines legales y administrativos. Así, tratándose de un servidor que goza del referido beneficio, no puede aplicársele, por la vía administrativa y por los mismos hechos, una medida expulsiva, ni declararle vacante el cargo por pérdida de idoneidad moral. tampoco corresponde, dado el alcance de la norma aludida, castigarlo con una medida meramente correctiva que no signifique expiración de funciones, esto último, siempre que la responsabilidad administrativa derive exclusivamente del delito que fuera materia del juicio penal. este criterio es plenamente aplicable respecto de la destitución contemplada en ley 18883 art/123 lt/c, en relación a los funcionarios municipales condenados por crimen o simple delito. finalmente, no corresponde hacer efectiva la pena accesoria indicada mientras este suspendida la ejecución de la pena principal, porque aquella se impone durante el tiempo que dure el cumplimiento de la principal, y si esta no se está cumpliendo por la remisión condicional, tampoco es factible llevar a cabo la suspensión, conforme al principio de derecho de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal". Este Dictamen aplica lo resuelto por Dictámenes N° 16.528 de 1988, N° 24.909 de 1987, N° 16.326 de 1988, N° 9.900 de 1990, N° 20.266 de 1983 y N° 88.368 de 1974.

25 CILLERO, en: COUSO/HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 460.

26 CILLERO, en: COUSO/HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 460.

27 GUZMÁN, citado por CILLERO, en: COUSO/HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 461; que recuerda lo dispuesto por la LOC de Bases de Administración del Estado (Ley 18.575) como también lo prescrito por el artículo 12 letra f) del Estatuto Administrativo, que exigen como requisito para ingresar a la administración pública no haber sido condenado por crimen o simple delito, junto con sancionar con la destitución del cargo al condenado por crimen o simple delito.

De esta forma, y con la finalidad de mitigar dichos efectos expansivos de la punición accesoria de las penas de inhabilidad –no deseados ni considerados por el legislador penal–, se postula que la suspensión de la ejecución de la pena principal, en virtud de la aplicación de la antigua Ley N° 18.216, constituiría una excepción a la aplicación de estas penas privativas de derecho o interdicciones cuando son aplicadas en el carácter de penas accesorias.

En ese escenario, apoyándose en jurisprudencia administrativa²⁸, los profesores Politoff/Matus/Ramírez afirman que no procede la destitución del funcionario condenado por un crimen o simple delito, si la condena se encuentra suspendida por aplicación de la Ley N° 18.216²⁹, toda vez que la antedicha jurisprudencia administrativa, indirectamente, extiende los efectos de lo dispuesto por la citada ley, enfrentando una excepción a la aplicación de las penas de interdicción basada en las normas administrativas.

Interpretación que, como se adelantó, se vio reforzada por algunos dictámenes de la Contraloría, que admitían la permanencia en el servicio del funcionario condenado penalmente y beneficiado por la remisión condicional o la reclusión nocturna, lo que vino a dar fuerza a la interpretación extensiva de la Ley 18.216³⁰, reconociéndose que, según el artículo 29 de la antigua Ley N° 18.216, a estos condenados se *“les permite ser considerados como si nunca hubiesen sido condenados y, por consiguiente, no se encuentran obligados a cesar en sus funciones”*³¹.

Lo antes planteado permite concluir al profesor Cillero que la relevancia de la jurisprudencia administrativa resulta evidente, pues por aplicación del artículo 29 de la Ley N° 18.216 no podría negárseles la admisión a los servicios públicos ni tampoco destituirse a los funcionarios en ejercicio, como un efecto automático y directo de la sentencia condenatoria a pena de inhabilitación aplicadas en el carácter de accesorias.

28 Al efecto revisar los dictámenes N° 10.217 de 2003, N° 2.614 y 33.375 de 2002, así como el N° 14.601 de 2010; del mismo parecer dictámenes N° 37.284 de 2007; N° 36.860 de 2009 y N° 14.601 de 2010.

29 POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 490. CILLERO, en: COUSO/HERNÁNDEZ, ob. cit., págs. 461 y sgtes.

30 CILLERO, en: COUSO/HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 461, en la que cita los Dictámenes de la CGR N° 10.217 de 2003, 2.614 y 33.375 de 2002 y 14.601 de 2010, que confirman y complementan dictamen N° 36.860 de 2009 en el sentido que el funcionario puede permanecer en el servicio cuando ha sido beneficiado por la remisión condicional o la reclusión nocturna.

31 POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ. ob. cit., p. 491.

VI. Actual Ley N° 18.216 y sus efectos en relación a las penas de inhabilidad

Como es de conocimiento general, la Ley N° 18.216 fue objeto de una importante modificación por parte de la Ley N° 20.603, publicada en el Diario Oficial del 27 de junio de 2012, la que introdujo un nuevo catálogo de *penas sustitutivas*, tal como expresa su artículo primero:

“Artículo 1°.- La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas:

- a) Remisión condicional.*
- b) Reclusión parcial.*
- c) Libertad vigilada.*
- d) Libertad vigilada intensiva.*
- e) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34.*
- f) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.*

No procederá la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley, tratándose de los autores de los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142, 361, 362, 372 bis, 390, y 391, N° 1, del Código Penal, salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del mismo Código.

En ningún caso podrá imponerse la pena establecida en la letra f) del inciso primero a los condenados por crímenes o simples delitos señalados por las leyes números 20.000, 19.366 y 18.403. No se aplicará ninguna de las penas sustitutivas contempladas en esta ley a las personas que hubieren sido condenadas con anterioridad por alguno de dichos crímenes o simples delitos en virtud de sentencia ejecutoriada, hayan cumplido o no efectivamente la condena, a menos que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista por el artículo 22 de la ley N° 20.000.

Tampoco podrá el tribunal aplicar las penas señaladas en el inciso primero a los autores del delito consumado previsto en el artículo 436, inciso primero, del Código Penal, que hubiesen sido condenados anteriormente por alguno de los delitos contemplados en los artículos 433, 436 y 440 del mismo Código.

Para los efectos de esta ley, no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito”.

Las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603 pueden resumirse de la siguiente manera:

- i. Se releva el doble papel que deben jugar las medidas alternativas en nuestro sistema de penas: servir como una real herramienta en el ámbito preventivo especial, esto es de reinserción, y ser un arma efectiva en el control del delito (Historia de la Ley).

ii. Se consagra un cambio de perspectiva al transitar desde unas medidas alternativas a un sistema de penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de la libertad. De esta forma se abandona la idea de “beneficios”, resaltando ahora su dimensión lesiva de “penas”, es decir, como modalidad de castigo sustitutiva de las penas privativas o restrictivas de libertad originalmente impuesta, pudiendo ser revocada en el evento de ser incumplida³².

En coherencia con esa orientación, se establece la procedencia general del abono del tiempo de cumplimiento de la pena sustitutiva en casos de revocación³³.

iii. Se establece un nuevo catálogo de penas sustitutivas, que comprende: remisión condicional, reclusión parcial, libertad vigilada, libertad vigilada intensiva, prestación de servicios en beneficio de la comunidad y expulsión. Asimismo, se altera el régimen de ejecución de las penas privativas de libertad iguales o inferiores a cinco años y un día de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, estableciendo legalmente una vía para anticipar la salida al medio libre en plazos menores a la libertad condicional, a través de una sustitución por la pena de libertad vigilada intensiva (“pena mixta”).

iv. Se reformulan los objetivos perseguidos por la Ley N° 18.216, los que están referidos a lograr:

a. Control efectivo del cumplimiento de las penas sustitutivas:

- Introducción de nuevas tecnologías en el control de la libertad vigilada intensiva y la reclusión parcial (monitoreo telemático).
- Aumento de la dotación de delegados de libertad vigilada y establecimiento de un nuevo delegado que controlará el cumplimiento de los servicios comunitarios.
- Realización obligatoria de audiencias de control de la libertad vigilada y libertad vigilada intensiva.
- Realización facultativa de audiencias de seguimiento de la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.
- Derogación del “cumplimiento insatisfactorio”.

b. Favorecimiento de la reinserción social de los condenados:

- Introducción de la prestación de servicios en beneficio de la comunidad y la reclusión parcial domiciliaria, flexibilizando sus horarios de cumplimiento.

32 Vid. MINISTERIO DE JUSTICIA (MINJUS). Material para capacitación nueva Ley N° 18.216. 2012, p. 14. En: www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion35894.pdf

33 Art. 26 Ley N° 18.216.

- Modificación del sistema de intervención en la pena de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva.
 - Establecimiento de la regla de omisión de condenas anteriores.
- c. Uso racional de la privación de libertad:
- Evitar el cumplimiento efectivo de penas cortas de privación de libertad, en razón de sus consecuencias perniciosas vinculadas al contagio criminógeno y su nulo efecto resocializador.
 - Respecto de condenados extranjeros, se incorpora la pena de expulsión en los casos en que no existe residencia legal.
 - Introducción de la pena mixta como forma anticipada de salida al medio libre del condenado privado de libertad.
- d. Mejor protección a las víctimas:
- Prohibición de acercamiento a personas o lugares controlada con monitoreo telemático para el caso de los delitos previstos en el artículo 15 bis b), como condición de la libertad vigilada intensiva, estableciéndose además la posibilidad de que la víctima porte un dispositivo de control, si así consiente.
 - Citación a la víctima o su representante en delitos de acción penal privada o pública previa instancia particular, a la audiencia del artículo 343 CPP.

En este nuevo escenario, se constata que la actual Ley N° 18.216 contempla un *catálogo de penas sustitutivas*, abandonando la idea de “beneficios” y relevando el carácter de modalidad de castigo sustitutivo de las penas privativas o restrictivas de libertad originalmente impuesta, cuya intención es cambiar la “*percepción del sistema como un ‘perdonazo’ o ‘beneficio’, dotándolo de mayor credibilidad, posicionando al sistema como una alternativa legítima de respuesta penal frente a la comisión de ilícitos*”³⁴.

Este nuevo catálogo de penas se reconoce por dictámenes actuales de la Contraloría General de la República, y así es posible mencionar el Dictamen N° 2.897 de 2014, que expresa: “*Como cuestión previa, es útil anotar que de la historia del establecimiento de la aludida ley N° 20.603, consta que con las modificaciones que introduce este texto legal a la indicada ley N° 18.216, se pretende robustecer el sistema de medidas alternativas a la prisión, transformándolo en un mecanismo de sanción*”³⁵ que opere de manera más eficaz y efectiva en el control de la delincuencia primeriza y cuyos objetivos se centren en evitar la reincidencia delictual y dar

34 MINISTERIO DE JUSTICIA ob. cit., p. 24.

35 El destacado es nuestro.

protección a las víctimas, para lo cual se crea un sistema de penas sustitutivas³⁶ a las penas privativas y restrictivas de libertad, que supone la implementación de un nuevo modelo de intervención de los condenados (Indicaciones a la Indicación Sustitutiva del Presidente de la República, de 13 de octubre de 2009, formuladas el 18 de agosto de 2010)³⁷. Del mismo parecer Dictamen N° 88.629, de fecha 6 de noviembre del año 2015, que entre otros aspectos refiere: “Como cuestión previa, cabe señalar que la ley N° 20.603 introdujo modificaciones a la ley N° 18.216 –que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad–, creando un ‘sistema de penas sustitutivas’ a las penas privativas y restrictivas de libertad, que supone la implementación de un nuevo modelo de intervención de los condenados, tal como manifestó el dictamen N° 2.897, de 2014, de este origen”.

En el mismo orden de ideas, al contemplar actualmente la Ley N° 18.216 un nuevo catálogo de penas sustitutivas, es posible apreciar que se enfrentan castigos sustitutivos cuyo efecto está restringido únicamente a las penas privativas y restrictivas de libertad, y por esa razón las penas de inhabilidad o suspensión, que se aplican como penas principales o bien accesorias, deben cumplirse efectivamente al no estar ante la suspensión de la pena principal, como ocurría conforme a la antigua redacción de la Ley N° 18.216, aspecto que ya revisamos.

No obstante esta opinión, nuevamente la jurisprudencia administrativa disímil de la Contraloría General de la República introduce la discusión de una posible interpretación extensiva favorable de los efectos provocados por el cumplimiento de las penas sustitutivas de la Ley 18.216, en lo que dice relación con el cumplimiento de la pena accesoria de inhabilidad aplicada, que se apoya en lo señalado por el inciso tercero del art. 38 de la ley que dispone: “El cumplimiento satisfactorio de las penas sustitutivas que prevé el artículo 1° de esta ley por personas que no hubieren sido condenadas anteriormente por crimen o simple delito, en los términos que señala el inciso primero, tendrá mérito suficiente para la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de tales antecedentes prontuarios. El tribunal que declare cumplida la respectiva pena sustitutiva deberá oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación, el que practicará la eliminación”.

Dicha disposición ha sido objeto de una interpretación dispar por distintos dictámenes de la Contraloría, así en algunas oportunidades se ha afirmado que corresponde al tribunal competente pronunciarse acerca de la extensión que puede darse a las penas sustitutivas y si ellas también comprenden las penas accesorias de inhabilidad. En este sentido se pronuncian el Dictamen N°

36 *Ibidem*.

37 Contraloría General de la República, Dictamen N° 2.897 de 14 de enero de 2014. Todos los dictámenes disponibles en: <https://www.contraloria.cl/web/cgr/dictamenes-y-pronunciamientos-juridicos>

17.321 del 2015³⁸; N° 65.772 de 2014³⁹; N° 65.461 de 2016⁴⁰, N° 79.265 de 2014⁴¹. No obstante, en otros dictámenes se ha pronunciado favorablemente

- 38 Contraloría General de la República, Dictamen N°17.321 de 2015, que en el aspecto que nos interesa expone: *“En este contexto, cabe recordar que este Organismo Fiscalizador, a través de su dictamen N° 65.772, de 2014, manifestó que esa institución policial debía solicitar al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama un pronunciamiento que estableciera si la remisión condicional conferida al señor Z.B., por uno de los delitos por los que fue condenado, se extiende, también, al otro por el que fue sancionado, de manera que mientras no existiera la referida aclaración, esta Contraloría General se abstendría de revisar la legalidad de la medida disciplinaria que se impugna, y asimismo, lo relativo a la eventual configuración de la inhabilidad que se le atribuye a él”*.
- 39 Contraloría General de la República, Dictamen N° 65.772 de 27 de agosto de 2014, que en lo que nos interés indica: *“Ahora bien, es dable expresar que esta Entidad de Control, en su dictamen N° 34.493, de 2013, entre otros, informó que no puede determinar los efectos de un fallo judicial, por cuanto ello se relaciona directamente con el alcance y ejecución del mismo, materia cuyo conocimiento es de competencia exclusiva del órgano jurisdiccional que lo dictó. Por consiguiente, procede que la Policía de Investigaciones de Chile le solicite al mencionado Tribunal de Juicio Oral en lo Penal un pronunciamiento que precise si la remisión condicional otorgada al señor Z.B. por uno de los delitos por los que fue condenado, se extiende, también, al otro por el cual fue sancionado, de manera que mientras no exista la referida aclaración, no es posible que esta Contraloría General revise la legalidad de la medida disciplinaria que se impugna, así como lo relativo a la eventual configuración de la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 64 de la citada ley N° 18.575, que se le atribuye al recurrente, conforme se resolvió, para una situación similar, en el dictamen N° 24.330, de 2014, de este origen”*.
- 40 Contraloría General de la República, Dictamen N° 65.461 de 02 de septiembre de 2016, que en lo que nos interés indica: *“En este sentido, resulta útil destacar que la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en el dictamen N° 7.426, de 2008, de este origen, informó que el otorgamiento de alguno de los beneficios previstos en la ley N° 18.216, en lo que interesa, a los servidores de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, le permite al condenado ser considerado como si nunca lo hubiese sido y, por consiguiente, no se encuentra obligado a cesar. Ahora bien, de los antecedentes tenidos a la vista, consta que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, en su sentencia de fecha 19 de mayo de 2014, condenó al señor S.C. a las penas que indica, como autor de los delitos –simples delitos– que señala, confiriéndole la remisión condicional, debiendo agregarse que esta Entidad de Control, en su dictamen N° 24.330, de 2014, entre otros, sostuvo que **si la condena contempla, además de la pena privativa o restrictiva de libertad, otra u otras de diversa naturaleza –lo que ocurrió en la especie–, corresponde a los tribunales de justicia pronunciarse acerca del alcance que en ellas implica la concesión de tal beneficio. Por consiguiente, procede que la Policía de Investigaciones de Chile solicite a ese tribunal un pronunciamiento que precise si la remisión condicional otorgada al interesado se extiende a la totalidad de los delitos por los que fue sancionado, de manera que mientras no exista la aludida aclaración, no es posible que esta Contraloría General revise la eventual configuración de la causal de inhabilidad a que se refiere en el mencionado artículo 64, que se le atribuye al recurrente, conforme se resolvió, para una situación similar, en el dictamen N° 65.772, de 2014, de este origen.***
- 41 Contraloría General de la República, Dictamen N° 79.265 de fecha 1 de octubre de 2014: *“Sin embargo, en cuanto a los efectos de las penas accesorias –calidad que posee la de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y para cargos y oficios públicos–, en sus dictámenes Nos 74.185, de 2012, 5.630 y 37.906, ambos de 2013, esta Contraloría General ha sostenido que no le corresponde determinar el efecto que en estas últimas produce el otorgamiento de alguno de los beneficios establecidos en la ley N° 18.216, como ocurre con la libertad vigilada concedida al afectado, por lo que debe recurrirse a los tribunales de justicia para que precisen el alcance de tal beneficio. Tal como se precisó en el último pronunciamiento recién citado, esto se funda en que el artículo 6°, inciso tercero, de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de esta Contraloría General, en concordancia con el inciso tercero del artículo 54 de la ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, **consagra el principio de no intervención**, el cual tiene como objeto evitar que esta Entidad Fiscalizadora dictamine en asuntos sometidos al conocimiento del Poder Judicial, lo que no sólo es válido para las causas cuyo conocimiento y resolución se encuentren pendientes ante los juzgados, sino que también para aquellas en que se ha dictado sentencia definitiva”*.

a la interpretación extensiva de los efectos de las penas sustitutivas a las accesorias de inhabilitación y en este sentido pueden mencionarse los Dictamen N° 6.973 de 2017⁴², N° 45.749 de 2016⁴³, N° 50.353 de 2015⁴⁴.

42 Contraloría General de la República Dictamen N° 6.973 de 28 de febrero de 2017: *“Se ha dirigido a esta Contraloría General la persona que se indica, de profesión abogado, solicitando un pronunciamiento acerca de si se encuentra habilitado para ejercer como Defensor Penal Público, –ya sea a través de una empresa adjudicataria de la licitación pública convocada al efecto o, por la vía de la contratación por convenio directo–, al haber sido objeto de una condena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, por el delito que menciona, otorgándosele al respecto el beneficio de cumplimiento alternativo de libertad vigilada, contemplado en la ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.*

Requerida de informe, la Defensoría Penal Pública manifiesta, en síntesis, que al recurrente no le afectaría inhabilitación, toda vez que el otorgamiento de alguno de los beneficios previstos en la ley N° 18.216, antes anotada, supone considerar al favorecido como si no hubiese sufrido condena alguna. [...] Como puede advertirse de las disposiciones citadas, los profesionales que pretendan participar en procesos concursales que lleve a cabo la antedicha Defensoría para selección de personas jurídicas o abogados particulares que prestarán defensa penal pública deben acreditar que no registran condenas de aquellas a que alude el artículo 523, N° 3, del Código Orgánico de Tribunales, situación en la que se encuentra la que afecta al peticionario, respecto de la cual, en todo caso, recibió el beneficio de libertad vigilada contemplado en la ley N° 18.216, antes reseñada.

En dicho orden de ideas, se debe tener en cuenta que el inciso primero del artículo 38 de la ley N° 18.216 –que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad–, señala, conforme al tenor fijado por la ley N° 20.603, similar al existente con anterioridad, que “La imposición por sentencia ejecutoriada de alguna de las penas sustitutivas establecidas en esta ley a quienes no hubieren sido condenados anteriormente por crimen o simple delito tendrá mérito suficiente para la omisión en los certificados de antecedentes, de las anotaciones a que diere origen la sentencia condenatoria”, en tanto que según su inciso tercero el cumplimiento satisfactorio de la citada medida produce la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos de tales antecedentes prontuarios.

En ese contexto, la jurisprudencia administrativa de esta Contraloría General, contenida en los dictámenes Nos 36.860 y 15.025, ambos de 2009, y 80.006, de 2011, entre otros, ha manifestado que el otorgamiento de alguno de los beneficios contemplados en la ley N° 18.216 produce efectos que se extienden a cualquier exigencia normativa, de orden legal o administrativa, que afecte al favorecido con dicha medida, relativa al hecho de haber delinquido, haciendo desaparecer los resultados de la condena.

En consecuencia, considerando que el recurrente recibió el beneficio de libertad vigilada, es del caso concluir que aquél se encuentra habilitado para ejercer como abogado y, por ende, para participar en los procesos concursales de selección para prestar defensa penal pública, o para ser contratado directamente para esos fines, cuando proceda, siempre que cumpla con las demás exigencias establecidas al efecto”.

43 Dictamen 45.749 de 21 de julio de 2016, que precisa: *“Ahora bien, atendido que transcurrió el plazo de duración de la condena, y que, además, al afectado se le concedió uno de los beneficios que establece la ley N° 18.216, lo que acorde con lo sostenido, entre otros, en el dictamen N° 50.353, de 2015, de este origen, supone considerarlo como si no hubiese sufrido condena alguna, se concluye que el señor M.C. no está inhabilitado para ingresar a la Administración, lo que no implica que la entidad en que se desempeñaba esté obligada a reincorporarlo, pues la decisión acerca de la necesidad de efectuar nombramientos y contrataciones, es una atribución que le compete ejercer privativamente a la superioridad respectiva”.*

44 Dictamen N° 50.353 de 23 de julio de 2015: *“En ese sentido, es necesario hacer presente, de acuerdo a lo informado en los dictámenes Nos 6.939, de 2011, 38.776, de 2012 y 37.906, de*

En relación a la interpretación dubitativa exhibida por la Contraloría conviene aclarar que la misma Ley N° 18.216, en su art. 38 inciso tercero parte final precisa: “*El tribunal que declare cumplida la respectiva pena sustitutiva deberá oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación, el que practicará la eliminación*”, lo que resulta lógico al tratarse ahora de una pena cuyo cumplimiento debe producirse para dar lugar a la eliminación de antecedentes, lo anterior debido a que en el evento contrario procedería su eventual revocación, sustitución o reemplazo, tal como lo contempla la misma ley.

Asimismo procede recordar que durante la tramitación de la Ley N° 20.603, en la discusión del art. 38 en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado⁴⁵ surgió una consulta en relación a los efectos de las penas sustitutivas y si ellos se extendían a las otras sanciones que podría recibir un condenado, y es así como el Honorable Senador señor Patricio Walker: “[...] *notó que una persona que es condenada a una pena sustitutiva puede serlo también a una sanción de otro tipo, como, por ejemplo, la inhabilidad para ejercer cargos pedagógicos con niños o niñas. Indicó que de la redacción que se propone, podría concluirse que se borrarán todos los antecedentes del condenado, incluyendo los que dicen relación con la posible pena accesoria de inhabilidad. Esto, dijo, en la práctica la haría ilusoria, ya que –en el ejemplo dado– la única forma en que los colegios podrían conocerla sería solicitando al candidato al cargo de profesor un certificado de antecedentes penales*”. Aspecto que es aclarado por el Ministro de Justicia de la época, quien precisa: “*que la regla general para todo el resto de las penas es que la omisión de antecedentes se hace una vez que las penas se cumplen o, a lo menos, una vez que transcurre el plazo de duración que se impuso, por lo que si en este caso hay una inhabilidad vigente, ella aparecerá en los antecedentes hasta que se cumpla el término establecido en la condena*”. Por su parte el profesor Bofill aclara que: “*esta ley establece un sistema de sustitución de las penas privativas de libertad y no de otro tipo de sanciones, como las inhabilidades a que se ha hecho referencia. Por tanto, no debería producirse en este caso el efecto que se ha consignado [...]*”⁴⁶.

2013, de esta Institución Fiscalizadora, que el otorgamiento de alguno de los beneficios previstos en la ley N° 18.216, supone considerar al favorecido como si no hubiese sufrido condena alguna en lo referente al cumplimiento de los requisitos de ingreso o permanencia en la Administración. Así, y atendido que, en ambos casos, al señor S.V. se le otorgó alguno de los beneficios a que aludía, a la época de su concesión, la ley N° 18.216, no le resulta aplicable la inhabilidad establecida en el artículo 54, letra c), de la ley N° 18.575, criterio que, por lo demás, es concordante con los fines garantistas y de reinserción social a que aspira la ley N° 18.216, según lo declarado por el dictamen N° 15.025, de 2009, de esta procedencia”.

45 Historia de la Ley N° 20.603 [en línea]. Informe de la Comisión de Constitución del Senado. Fecha 24 de enero, 2012. Cuenta en Sesión 03. Legislatura 360. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/5211/> [fecha de consulta: 12 de enero de 2018].

46 En este sentido Historia de la Ley, ob. cit. Intervención del Ministro de Justicia, p. 727.

En el mismo orden de ideas la mención que se hace por el art. 38 a la comunicación que debe dirigir el juez correspondiente al Servicio de Registro Civil e Identificaciones –una vez cumplida la pena– con la finalidad de eliminar los antecedentes prontuarios para efectos penales y administrativos, resulta armónico con los efectos de las penas accesorias, las que no presentan una duración superior a la pena principal a la que acompañan, conforme lo precisan los art. 28 a 30 del Código Penal y así, en el evento de tratarse de una pena sustitutiva de la Ley 18.216, no podrían durar más allá de la duración de aquella

VII. Conclusión

Conforme a lo antes examinado es posible concluir que la actual redacción de la Ley N° 18.216 expresa una decisión jurídica en torno a un cambio en la concepción de las sanciones que ella contempla y así el elemento central es que *“la nueva regulación parte de la base de que se está en presencia de verdaderas sanciones penales y no de meros beneficios que el Estado concede graciosamente y a su criterio a personas que fueron condenadas a la cárcel”*⁴⁷.

Estas nuevas sanciones, que imponen ciertas obligaciones a los favorecidos con su aplicación, una vez cumplidas satisfactoriamente producen efectos, entre ellos, la eliminación de los antecedentes prontuarios para efectos penales y administrativos, respecto de aquellas personas que fueran condenados por primera vez, según lo precisa el art. 38 de la ley.

Efectos que conforme al planteamiento de este trabajo, no podrían extenderse a las penas de inhabilidad que se aplicaren, sea en el carácter de principales o bien accesorias, toda vez que el ámbito de incidencia de la Ley N° 18.216 está circunscrito a las penas privativas de libertad.

Debe precisarse que en el evento de admitirse la aplicación extensiva de los efectos de la actual redacción de la Ley N° 18 216 a las penas de inhabilidad impuestas como penas accesorias, sus efectos beneficiosos sólo se producirán una vez cumplida satisfactoriamente la pena sustitutiva impuesta.

Último aspecto que no ha sido examinado con detenimiento y precisión por los pronunciamientos de la jurisprudencia administrativa que está a favor de extender los efectos de la Ley 18.216, según se examinó.

Finalmente recordamos que la Historia de la Ley en examen nos revela que no existió decisión por parte del legislador en el sentido de dotar de efectos expansivos a dicha norma, en lo que dice relación con las penas de inhabilidad, independientemente de aquello que pueda expresar la jurisprudencia administrativa examinada.

⁴⁷ Historia de la Ley, ob. cit. Intervención del profesor Jorge Bofill, p. 727.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN TRÁFICO ILÍCITO DE
ESTUPEFACIENTES Y
SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

¿QUÉ HACEN LOS TRIBUNALES DE TRATAMIENTO DE DROGAS? BREVE REVISIÓN DE SUS FUNDAMENTOS

*Álvaro Pérez d'Alençon¹
Lorena Rebolledo Latorre²*

En nuestro país la experiencia de los tribunales de tratamiento de drogas y/o alcohol comenzó en el año 2004, posicionándose como un programa inserto dentro del sistema de justicia penal que incorpora una metodología y un conjunto de herramientas dirigidas a infractores cuyos delitos están relacionados con la drogodependencia. Los tribunales de tratamiento de drogas pretenden favorecer los procesos de rehabilitación para superar dicha condición, a través de un constante seguimiento de los casos, en audiencias especiales donde en virtud de un trabajo colaborativo, se promueve la participación del usuario en el tratamiento para superar la adicción.

El modelo considera la conformación de un equipo multidisciplinario compuesto por jueces, fiscales, defensores, psicólogos, trabajadores sociales, médicos y técnicos en rehabilitación, entre otros. Su implementación en el sistema penal nace ante la constatación de una estrecha relación entre los fenómenos de la drogodependencia y la comisión de delitos.

Ahora bien, la drogodependencia es un problema de salud puesto que aumenta los costos de las atenciones de salud, la transmisión de enfermedades infecciosas, el riesgo de contraer enfermedades crónicas tales como la cirrosis, afecciones cardiovasculares, cáncer, enfermedades mentales, entre otras. Asimismo, es posible identificar en los adictos el padecimiento de algún otro trastorno psiquiátrico³. Igualmente, la drogodependencia es un problema social, por cuanto su consumo abusivo interfiere en las relaciones familiares, laborales y comunitarias, y puede llegar a comprometer seriamente el proceso de aprendizaje en jóvenes y adolescentes. Por último, ha sido identificada como uno de los principales factores que inciden en el aumento de los riesgos de reincidencia delictiva.

1 Abogado del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

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

3 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *El Problema de las Drogas en las Américas: Capítulo 2: Drogas y Salud Pública* [en línea]. s.f. p. 31. Washington, DC, Estados Unidos. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/drogas/elinforme/informeDrogas2013/drugsPublicHealth_ESP.pdf [fecha de consulta: 27 de septiembre 2017].

Por otra parte, la seguridad pública es la mayor preocupación de la ciudadanía durante los últimos años. La encuesta realizada por el Centro de Estudios Públicos consignó que el 51% de las personas cree que la “delincuencia, asaltos, robos” es uno de los tres problemas a los que debería el Gobierno dedicar el mayor esfuerzo en solucionar⁴. Según la misma fuente, desde el año 2000 a 2017, el problema de la delincuencia ha sido generalmente percibido como más importante incluso que la educación y la salud. La encuesta elaborada por la empresa Gfx Adimark indicó que un 88% de los encuestados desaprueba cómo el Gobierno está manejando la delincuencia⁵, mientras que las restantes instituciones registran deficientes calificaciones de parte de la ciudadanía⁶⁻⁷.

Existe entre la drogodependencia y la criminalidad un punto donde finalmente intersectan. Si bien la literatura se encuentra dividida a la hora de entender la relación entre estos dos fenómenos, podemos advertir que en mayor o menor medida existe una correlación entre ambos. Ya en el año 2000, en el Décimo Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de las Naciones Unidas, los oradores que intervinieron subrayaron la importancia de abordar las causas profundas del delito, indicando entre muchas otras, que “el tráfico de drogas parecía estar relacionado asimismo con otros delitos como el robo con violencia, el hurto y el asesinato”⁸. Un estudio que analiza los delitos violentos en Estados Unidos entre los años 1960 y 2000 concluye que se encontró “una relación de causalidad entre el consumo prematuro de alcohol y delitos serios como

-
- 4 CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS. *Estudio Nacional de Opinión Pública, Julio-Agosto 2017* [en línea]. 2017, Santiago, Chile, p. 6. Disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20170831/asocfile/20170831165004/encuestacep_jul_ago2017.pdf [fecha de consulta: 10 de octubre 2017].
 - 5 GFX ADIMARK. *Evaluación Gestión de Gobierno: Agosto 2017*. [en línea]. 2017, Santiago, Chile, p. 62. Disponible en: <http://www.adimark.cl/estudios/dinamica.asp?id=429> [fecha de consulta: 07 de octubre de 2017].
 - 6 Carabineros de Chile: 4,8; Policía de Investigaciones 4,6; Gendarmería de Chile 4,2; el alcalde de su comuna 3,8; Defensoría Penal Pública 2,8; fiscales del Ministerio Público 2,7; los jueces 2,5; el Gobierno 2,9; senadores y diputados 2,1.
 - 7 FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA - GFX ADIMARK. *Evaluación de Víctimización* [en línea]. Santiago, Chile, 2016, págs. 37-38. Disponible en: <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2017/01/ipc-2016-version-conferencia-120117.pdf> [fecha de consulta: 27 de septiembre 2017].
 - 8 NACIONES UNIDAS. *Informe del Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente* [en línea]. Viena, Suiza, 2000, p. 37. Disponible en: http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/anuario/A01/Dep-Anexo/ONU%20-%20Preveni%F3n%20de%20Delito%20y%20Tratamiento%20de%20Delincuente.pdf [fecha de consulta: 27 de septiembre de 2017].

homicidio y violación. Esto enfatiza que el consumo de alcohol podría ser un importante predictor de crímenes violentos”⁹.

El delito es un fenómeno social complejo y las teorías que buscan explicarlo lo describen como de “factor múltiple o de la causa múltiple, es decir, que el delito surge como consecuencia de un grupo numeroso de conflictivas y convergentes influencias biológicas, psicológicas, culturales, económicas y políticas”¹⁰. En consecuencia, el problema de la delincuencia no puede ser afrontado con una sola estrategia, sino que se requiere un diseño que contemple una batería de iniciativas de políticas públicas dirigidas a atacar sus diversos factores causales.

Frente a estas dos necesidades públicas –evitar el consumo problemático de drogas y/o alcohol y disminuir la criminalidad– los Estados han invertido cuantiosos recursos para la implementación de distintos programas y proyectos que buscan satisfacer dichas carencias. Sólo para poner en perspectiva, el presupuesto del Estado de Chile, en el año 2017, consideró el gasto del Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA) por un monto cercano a los 95 millones de dólares¹¹, mientras que el costo del crimen y la violencia como porcentaje del producto interno bruto de nuestro país es cercano al 1,8%, esto es, alrededor de 3.889,5 millones de dólares¹².

Identificados dichos problemas sociales, los tribunales de tratamiento de drogas se erigen como un modelo de intervención dirigido a la reducción de la demanda de droga. Han sido descritos como un modelo que no responde al esquema tradicional de justicia penal. Se trata de un nuevo enfoque. Su principal característica es el abandono del cariz adversarial inserto en todo

-
- 9 SARIDAKIS, George. “Violent crime in the United States of America: A time-series analysis between 1960-2000” [en línea]. En: *European Journal of Law and Economics*. Vol. XVIII, 2004. Disponible en: <http://www.le.ac.uk/economics/research/RePEc/lec/leecon/dp03-14.pdf> [fecha de consulta: 14 de septiembre de 2017].
 - 10 GIRALDO, Juan. “Psicología, Criminología y Delito: Una visión panorámica” [en línea]. En: *Ratio Juris*. Medellín, Colombia, 2006, p. 101. Disponible en: <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/issue/view/42> [fecha de consulta: 14 de septiembre de 2017].
 - 11 Ley de Presupuesto del sector público para el año 2017 [en línea]. Disponible en: http://www.dipres.gob.cl/572/articles-149470_Ley_de_Presupuestos_2017_V2.pdf
 - 12 OLAVARRÍA, Mauricio. “Costos del delito según el método contable: un estudio comparado de los casos de Chile, Costa Rica, Honduras, Paraguay y Uruguay” [en línea]. En: *Los costos del crimen y la violencia en el bienestar en América Latina y el Caribe*. Nueva York, Estados Unidos, Banco Interamericano de Desarrollo, 2015, págs. 55-56. Disponible en: https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7246/ICS_MON_Los_costos_del_crimen_y_la_violencia_en_el_bienestar_en_Am%C3%A9rica_Latina_y_el_Caribe.pdf?sequence=1 [fecha de consulta: 14 de septiembre de 2017].

litigio, en pos de un objetivo común, consistente en la rehabilitación del infractor. Así el trabajo de jueces, fiscales, defensores, dupla psicosocial y centros de tratamiento, está orientado a la planificación de las estrategias que permitan estimular los procesos de intervención, y de esta manera, solucionar el problema que subyace al conflicto penal. En este sentido, se identifica al consumo problemático de drogas y/o alcohol como un factor de riesgo relevante en la reincidencia delictiva de los infractores de ley.

El Ministerio Público ha sido protagonista de esta experiencia desde sus inicios, cuando en el año 2004, en la ciudad de Valparaíso, se suscribió el primer Protocolo de Acuerdo Interinstitucional, el cual sentó las bases del Programa en la V Región¹³. Al año 2018, este Programa está implementado en 29 juzgados de garantía: Arica, Iquique, Antofagasta, Coquimbo, Valparaíso, Viña del Mar, Rancagua, Curicó, Concepción, Temuco, San Bernardo, Puente Alto, Talagante, Colina y en los quince juzgados de garantía correspondientes a la ciudad de Santiago.

Durante el último bienio, y tras numerosas reuniones celebradas en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se ha logrado consensuar un diseño que ha permitido su implementación en la población adolescente, incorporando las instituciones procesales de las medidas cautelares, salidas alternativas y cumplimiento de sanciones contempladas en la Ley N° 20.084.

Frente a estos avances, creemos que resulta necesario revisar los fundamentos del Programa, puesto que su descuido puede traer como consecuencia que los operadores actúen con falta de claridad, guiándose más bien en base al sentido común y la intuición, conforme al cúmulo de prácticas que son transmitidas y replicadas. Pero por el contrario, si los operadores desean delinear correctamente objetivos en el largo plazo, resulta entonces necesario que consideren la naturaleza misma de la institución en estudio. A continuación intentaremos aquello.

Hacia el origen

En los últimos doscientos o trescientos años se instauró la pena privativa de libertad como la forma principal de combatir la delincuencia. De hecho, sólo a partir del siglo XVIII la cárcel pública comenzó a servir para el cumplimiento

13 DROPELMANN, Catalina. *Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile: Material Educativo* [en línea]. Santiago, Chile, Fundación Paz Ciudadana, 2010, p. 31. Disponible en: http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2010-04-28_tribunales-de-tratamiento-de-drogas-en-chile-material-educativo.pdf [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017].

de penas, puesto que antes “la regla general del encarcelamiento era utilizada a los efectos de la custodia de los detenidos hasta el momento del juicio”¹⁴.

En el Estado absolutista la pena tenía un fin eminentemente intimidatorio y de castigo, y fue utilizada como una forma de imponer la autoridad del monarca y proteger el orden social establecido. El único fin utilitarista de la pena estaba dado para el beneficio de la monarquía, como, por ejemplo, en los trabajos forzados que permitían la construcción de obras públicas¹⁵.

Conforme se va consolidando el Estado Moderno, surge un nuevo Derecho Penal cuya finalidad es desterrar estas prácticas inquisitivas. Surgen en esta época dos principios que imperan en el Derecho Penal de nuestros días: legalidad y proporcionalidad. De la mano de Kant y Hegel se construye la justificación de la pena en una forma de retribución. Así podemos observar que el “sentido de la pena se fundamenta en que la culpabilidad del autor de un delito solo se compensa con la imposición [de aquella]”¹⁶, y por ello, la pena se convierte en un fin en sí mismo, siendo la medida de culpabilidad de su autor la que determina su extensión. Hay una suerte de correspondencia entre la infracción y el castigo.

Para Kant la dignidad es inalienable y el delincuente no escapa a dicha regla. Luego, el Estado debe considerarlo como un fin en sí mismo, y por ello, la pena debería evitar que se trate al delincuente individual como un medio para satisfacer cálculos utilitarios. “Lo que aquí Kant prohíbe es el tratamiento de prevención especial, pues una pena orientada a esta finalidad supone instrumentalizar al sujeto”¹⁷.

La pena para las teorías absolutas es un reproche, y en cuanto tal, no puede perseguir fines distintos. En este sentido, si el reproche fuese realizado para

14 MIQUELARENA, Alejandro. “La cárcel y sus orígenes” [en línea]. En: *Revista Pensamiento Penal*. Buenos Aires, Argentina, 2013, p. 8. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/08/doctrina37067.pdf> [fecha de consulta: 07 de septiembre de 2017].

15 MATEOS, José. *Las Penas en el Antiguo Régimen Español* [en línea]. Valladolid, España, 2014, p. 20. Disponible en: https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/5741/1/TFG-D_0007.pdf [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2017].

16 DURÁN, Mario. “Teorías Absolutas de la Pena: Origen y Fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual” [en línea]. En: *Revista de Filosofía*. Vol. LXVII, Santiago, Chile, 2011, p. 126. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-43602011000100009> [fecha de consulta: 15 de octubre de 2017].

17 CORDINI, Nicolás. “La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva?”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. XLIII, Valparaíso, Chile, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014, p. 697.

la obtención de determinadas consecuencias -como la prevención del delito- dejaría de responder al concepto mismo de reproche.

Esta visión del sistema penal, donde la sanción es puramente retributiva, contiene una natural tendencia hacia el oscurantismo precisamente en su justificación, donde “resulta complicado entender las razones que se ofrecen para explicar por qué se merece la pena”¹⁸, pero conceptualmente aparece, a nuestro juicio, una complicación aún mayor: justificar que la privación de libertad es la forma que debe adoptar esta retribución. Ello nos puede llevar inexorablemente a la conclusión que la pena así “es concebida solo como una manifestación de venganza, de expiación, mientras que la pena no tiene nada que ver con la venganza, los sentimientos de odio o la reprimida agresividad de la sociedad”¹⁹.

En este sentido, ya en el siglo XVIII, el Marqués de Beccaria, sostenía una visión crítica, postulando que “el fin de las penas no es atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido”²⁰, puesto que el Estado, como catalizador de las pasiones particulares, podría hacer frente al fanatismo descartando la adopción de esta crueldad inútil incapaz de remediar los efectos de la infracción. De esta manera, Beccaria llegaba a la siguiente conclusión:

“El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo”²¹.

Por otra parte, las visiones utilitaristas de la pena justifican el uso de la fuerza por parte del Estado, desde la perspectiva de sus efectos o fines sociales, que son sus fines primarios y no una eventual consecuencia de su esencia retributiva. En definitiva, el delito es visto negativamente -como un mal que se debe evitar- y la pena está justificada como incentivo para que el delincuente no

18 VON HIRSCH, Andrew. “Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena”. En: *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Ciudad Real, España, Universidad de Castilla - La Mancha, 2003, p. 126.

19 ORTIZ, María José. *La reparación como tercera vía* [en línea]. Tesis doctoral. Salamanca, España, Universidad de Salamanca, 2013, p. 123. Disponible en: https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124195/1/DDAFP_OrtizSamayoa_Mar%C3%ADaJos%C3%A9_Tesis.pdf [fecha de consulta: 11 de septiembre de 2017].

20 BECCARIA. *Dei delitti e delle pene*. Buenos Aires, Argentina, Heliasta S.R.L., 1993 [1764], p. 80.

21 BECCARIA, ob. cit., p. 80.

reincida, para que los demás ciudadanos no incurran en conductas semejantes, para que el delincuente respete la norma que sanciona ese comportamiento, o finalmente, para que los demás ciudadanos al ver cómo al delincuente se le aplica la norma la asimilen.

Pero es posible observar en las teorías preventivas, desprovistas de la visión retributiva, que la pena presenta una “carencia de límites, pues la prevención general en su aspecto intimidatorio, tiene una marcada tendencia al terror estatal”²². Asimismo, no logra “garantizar apropiadamente los derechos del inculpado frente a los abusos de la autoridad” sobre todo en cuanto “los pronósticos sobre la resocialización del afectado son inseguros”²³, no pudiendo explicar determinadas sanciones como son las de los casos de los «delitos irrepetibles», donde conceptualmente el Estado debiera de abstenerse de la imposición de la pena cuando es posible prever que el infractor no volverá a delinquir²⁴.

Pero más compleja aún resulta la idea de reeducación del infractor penal. Ello, por cuanto trae consigo la adopción de un juicio de valor que dependerá de la voluntad dominante, imponiéndose en definitiva aquella forma de relacionarse en sociedad que se considere como correcta o adecuada. Así, la *reeducación* del individuo supone finalmente –tal como ya dijimos– una instrumentalización del mismo.

Más allá de las distintas visiones que se han formulado en base a la justificación de la pena, es posible constatar que el Derecho Penal, en base a las teorías absolutas y utilitaristas de la pena y sus derivadas, ha mantenido una configuración que ha mirado al liberalismo clásico como un ideal al cual debe aspirar, donde los derechos encarnan una libertad negativa. Ello ha sido así pese a que en otros ámbitos del derecho el Estado ha asumido un rol más activo, como en los derechos sociales, lo que debería ser influyente también al momento de pensar la forma del castigo penal.

Ha existido en el sistema de persecución penal moderno una constante deficiencia. Frente a dicha situación, los primeros jueces que iniciaron la experiencia de los tribunales de tratamiento de drogas, buscaron “poner fin al círculo vicioso –detención, procesamiento, condena, libertad, detención– en la

22 ORTIZ, ob. cit., p. 134.

23 CURY, Enrique. “La prevención especial como límite de la pena”. En: *Anuario de Derecho Procesal y Ciencias Penales*. Vol. III, N° 41, Madrid, España, Centro de Publicaciones Ministerio de Justicia, 1988, p. 687.

24 CURY, ob. cit., refiere el caso de los grandes criminales de guerra nacionalsocialistas, quienes antes de enfrentar la persecución penal se transformaron en pacíficos e inofensivos ciudadanos, no existiendo la posibilidad de que recuperaran el poder y pudieran cometer otra vez las atrocidades de que se los acusaba.

que se encontraban los infractores dependientes de drogas dentro del sistema de justicia penal”²⁵.

Aunque la literatura es conteste en que dicho nacimiento es *ateórico*²⁶, surgió a continuación la interrogante si este modelo se trata de un nuevo enfoque dentro del sistema penal. Para los autores Marlowe y Meyer, el movimiento de los tribunales de drogas comprende una visión de pasado y futuro, puesto que el modelo no es novedoso, sino que se trata de un redescubrimiento de aquello que ha funcionado anteriormente con el objetivo principal de preservar y promover la vida en comunidad.

Efectivamente, los sistemas penales aborígenes consideran un régimen de sanciones cuyo valor fundamental es la paz social. Una vez resuelta la culpabilidad del infractor, se inicia un proceso de negociación, primero entre los diferentes clanes y familias involucradas con la finalidad de mantener la paz social entre ellas, y luego, para la determinación de la pena, se considera la conformidad del propio infractor. Así, es posible componer el orden y el equilibrio respecto de todos los miembros de la comunidad.

A mayor abundamiento, la ejecución de la sanción incorpora al rito como una forma de purificación del infractor, la privación de libertad busca promover la reflexión sobre la reprochable conducta que ha cometido, y los trabajos comunitarios buscan que comprenda la importancia de la comunidad. En definitiva, las penas pretenden alcanzar la rehabilitación del infractor, a tal punto de que si estas fracasan procede el destierro, que “es la más fuerte de las consecuencias punitivas[...] porque su aplicación supone la muerte social del sujeto, su exclusión del poblado”²⁷.

En el Derecho Penal aborígen es posible identificar un fin preventivo especial positivo en cuanto busca la reinserción comunitaria del infractor, donde la pena estará determinada por el principio de necesidad en cuanto su elección se realizará conforme al hecho cometido y las características propias del sancionado. Asimismo, es posible anotar un fin preventivo general positivo, que pretende restablecer el equilibrio social “a través de una estabilización

25 WEXLER, David y KING, Michael. “Promoción de receptividad jurídica y social de la rehabilitación: el rol de la justicia terapéutica”. En: *Tribunales de Tratamiento de Drogas: Una Respuesta internacional para infractores dependientes de drogas: Un enfoque práctico de los Tribunales de Tratamiento de Drogas para los responsables de políticas*. Nueva York, Estados Unidos, Organización de Estados Americanos, 2013, p. 21.

26 Puede consultar: WEXLER y KING, ob. cit., p. 21.

27 BORJA, Emiliano. “Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos” [en línea]. En: *Nuevo Foro Penal*. Vol. V, n° 73, Medellín, Colombia, 2013, p. 20. Disponible en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1868/1867> [fecha de consulta: 11 de octubre de 2017].

de la conciencia del derecho en una comunidad concreta”, lo cual tiene relación con la paz social y el restablecimiento del equilibrio de las fuerzas comunitarias²⁸.

Como puede observarse, el valor de la paz social se erige como fundante del sistema punitivo aborígen, y entonces, el delito procura evitar la división o ruptura social, y a su vez, la pena tiene como objetivo recomponer la vida en comunidad. El conflicto penal involucra a la autoridad llamada a impartir justicia, al infractor, la víctima y la comunidad, esta última involucrándose activamente en el restablecimiento del orden comunitario, y no como un ente abstracto y lejano como sucede en nuestro sistema penal tradicional, dónde se le ha sustraído del conflicto²⁹.

Ciertamente, es posible anhelar que en nuestro actual sistema, el castigo penal suponga necesariamente “una especie de comunicación moral con el infractor en la que se le respeta como agente responsable y que busca reconciliarlo con la comunidad cuyos valores ha violado”³⁰. Así, el castigo es un hecho por el cual el infractor “debe responder ante sus conciudadanos como una forma de reconocer a su propia comunidad”³¹, a quienes debe rendir cuentas por ciertas conductas públicas que han modificado cierto orden de cosas.

El castigo debe considerar un *contenido comunicativo* bidireccional. A través de él, el Estado comunica al infractor la censura que el crimen cometido merece. Dicha comunicación buscará persuadirlo del arrepentimiento por la conducta que ha realizado y reorientarlo para el futuro. El infractor, por su parte, comunica al Estado y a las víctimas que ha cometido una injusticia, debiendo compensar por aquel mal causado, a través de la disculpa y el arrepentimiento³².

-
- 28 VILLEGAS, Myrna. “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal ¿Subsiste el Az Mapu?” [en línea]. En: *Política Criminal*. Vol. IX, n° 17, Santiago, Chile, 2014, p. 219. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_17/Vol9N17A7.pdf [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2017].
- 29 BORJA, Emiliano. “Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica” [en línea]. En: *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal 2006*. Lima, Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 125. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2006_09.pdf [fecha de consulta: 25 de septiembre de 2017].
- 30 DUFF, Antony. “Penance, Punishment and the Limits of Community”. *Punishment & Society*. Vol. 5, n° 3, 2003, págs. 295- 312. En: VILLEGAS, ob. cit., p. 220.
- 31 BEADE, Gustavo. “Acuerdos, desacuerdos y dudas sobre las soluciones democráticas al castigo penal” [en línea]. En: *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Vol. XXII, Buenos Aires, Argentina. Disponible en: http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=7185&id_item_menu=5858 [fecha de consulta: 22 de septiembre de 2017].
- 32 SERRA, Alexandre. *Actualidad de las Teorías de la Retribución en el Derecho Penal: de la ley del talión a las corrientes neo-retribucionistas: las doctrinas alemana y estadounidense*. Barcelona, España, Universitat Pompeu Fabra [tesis de grado], 2014, p. 44.

Esta particular forma de explicar el castigo, según Antony Duff, permite caracterizarlo como una penitencia secular. Sucintamente, para explicar esta idea, debemos considerar que el delito expresa la violación de valores comunitarios incluidos en la ley, y existe una relación entre el delincuente, la víctima y los miembros de la comunidad. La dignidad del penado, miembro de dicha comunidad, permite que acceda a un mecanismo de recomposición (el castigo o la pena) de la relación entre él y su comunidad; a través de una reparación moral por una conducta moralmente errónea. De esta forma, se comunica al ofensor la censura del actuar delictivo, se busca obtener su reconocimiento y arrepentimiento del crimen, en el que la forma de la pena podrá guiarlo en dicho camino, obteniendo como correlato la reincorporación moral en la comunidad³³.

Se trata de una penitencia similar a la religiosa, en la que un miembro de la comunidad ha pecado y, por ende, hay una lesión a los intereses de los otros miembros de la comunidad. El pecador confiesa la falta, confesión que constituye el perdón, a través del cual se reconstituye la relación entre el pecador y su comunidad. La penitencia es el mecanismo doloroso que expresa la comprensión del mal causado, socializa su arrepentimiento, y simbólicamente, la comunidad lo recibe nuevamente ante la manifestación de su arrepentimiento. En este sentido, la penitencia es un mecanismo inclusivo para el pecador³⁴.

Justicia terapéutica

El concepto de justicia terapéutica corresponde al “profesor David Wexler [*quien*] fue el primero en usar el término en 1987 en un documento entregado al Instituto Nacional de Salud Mental”³⁵, en temas relacionados precisamente con la ley de salud mental. Con posterioridad el concepto de justicia terapéutica será incluido regularmente por los académicos durante la década de los 90, extendiendo “la aplicación de los enfoques de TJ”³⁶ en un contexto judicial general³⁷.

33 VALENZUELA, Jonatan. “La pena como penitencia secular. Apuntes sobre el sentido de la ejecución de la pena” [en línea]. En: *Revista Derecho*. Vol. XXIII, N° 1, Valdivia, Chile, 2010, p. 261. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000100011> [fecha de consulta: 25 de septiembre de 2017].

34 VALENZUELA, ob. cit., p. 260.

35 SCHMA, William et. al. “Therapeutic Jurisprudence and the Drug Treatment Court Movement: Revolutionizing the Criminal Justice System’s Response to Drug Abuse and Crime in America” [en línea]. En: *Notre Dame Law Review*. Vol. 74, N° 4, Tucson, Estados Unidos, 1999, p. 442. Disponible en: <http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1629&context=ndlr> [fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017].

36 *Therapeutic Jurisprudence* o Justicia Terapéutica.

37 WEXLER, David. “Nuevo vino en nuevas botellas: la necesidad de diseñar un código de procesos y prácticas penales desde la perspectiva de la justicia terapéutica” [en línea]. En: *Arizona Legal Studies*. Tucson, Estados Unidos, 2013, p. 4. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2466124> [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2017].

Para David Wexler “La Justicia Terapéutica es el estudio del rol de la ley como agente terapéutico. Se centra en el impacto de la ley en el espectro emocional y en el bienestar psicológico de las personas”³⁸.

Por su parte, Bruce Winick expresa que “la jurisprudencia terapéutica es un enfoque interdisciplinario al conocimiento jurídico y las reformas legales, que ve a la ley misma como un agente terapéutico”³⁹. En este sentido “las reglas legales, las prácticas legales y la manera en que los actores legales [...] desempeñan sus funciones imponen consecuencias sobre la salud mental y el bienestar emocional de los afectados”⁴⁰, de tal forma que “el objetivo es comprender mejor la ley y cómo se aplica, y remodelarla para minimizar sus efectos antiterapéuticos y maximizar su potencial terapéutico”⁴¹.

Ahora bien, “los principios de la justicia terapéutica incluyen: la intervención judicial permanente, monitoreo o supervisión cercana, respuesta inmediata a la conducta, integración del tratamiento con los procesos judiciales, tratamientos multidisciplinarios, y colaboración con la comunidad y las organizaciones gubernamentales”⁴².

Conviene precisar que en su inicio los tribunales de tratamiento de drogas se desarrollaron sin el sustento teórico de la llamada justicia terapéutica, sino que más bien, nacieron como una respuesta a un problema concreto: poner fin a la reincidencia de los consumidores problemáticos de sustancias prohibidas.

Fueron los autores Hora, Schma y Rosenthal quienes en 1999 ligaron el concepto de justicia terapéutica con los tribunales de drogas⁴³. A partir de ahí, ambos conceptos –justicia terapéutica y tribunales de drogas– se van desarrollando conjuntamente, de tal forma que el mismo Wexler escribiría: “los jueces Hora y Schma propusieron la TJ y sus principios como teoría

38 WEXLER, David. “Justicia Terapéutica: Una visión general” [en línea]. En: *Arizona Legal Studies*. Tucson, Estados Unidos, 2014, p. 4. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2468365> [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2017].

39 WINICK, Bruce. “Therapeutic Jurisprudence: Enhancing the Relationship between Law and Psychology” [en línea]. En: *Law and Psychology, Current Legal Issues 2006*. Miami, Estados Unidos, University of Miami School of Law, 2006, p. 32. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=985088> [fecha de consulta: 8 de septiembre de 2017].

40 WINICK, ob. cit., p. 32.

41 WINICK, ob. cit., p. 32.

42 WINICK, Bruce y STEFAN, Susan. (2005). “A dialogue on Mental Health Courts” [en línea]. En: *Psychology, Public Policy & Law*. Vol. 11, N° 4. págs. 505-632. En: FRÍAS, Martha. “Justicia Terapéutica en México”. En: *Justicia Terapéutica: Experiencias y Aplicaciones*. Puebla, México, Congreso Iberoamericano de Justicia Terapéutica, 2014. Disponible en: <https://www.pjenl.gob.mx/TratamientoDeAdicciones/download/justicia-terapeutica.pdf> [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2017].

43 SCHMA, William et. al., ob. cit.

rectora para los TTD, y, desde entonces, las dos perspectivas se han vuelto prácticamente inseparables”⁴⁴.

En su estudio, Hora, Schma y Rosenthal sostienen que los tribunales de tratamiento de drogas “utilizan un esfuerzo de colaboración entre los participantes del sistema de justicia penal que tradicionalmente se ven como adversarios en un proceso mediado por un árbitro independiente y neutral”⁴⁵. En este sentido “el delincuente contra la droga se convierte en un cliente de la corte, y el juez, el fiscal y el defensor deben deshacerse de sus papeles tradicionales y asumir papeles que facilitarán la recuperación del delincuente de la enfermedad de la adicción”⁴⁶.

En efecto, el juez debe concentrar sus esfuerzos en motivar la participación del usuario en el proceso de rehabilitación, ello importa alentarlo y animarlo a someterse a la gestión de los profesionales que intervienen⁴⁷.

Por su parte, el fiscal tiene la responsabilidad de “proteger la seguridad pública asegurándose de que todos los candidatos sean apropiados para el programa y cumplan con cada uno de los requisitos”⁴⁸. Asimismo, desarrolla sus actividades comprendiendo que persigue fines diferentes al sistema tradicional, tales como “la rehabilitación en el consumo de drogas y la reinserción sociolaboral, y con ello se busca, evidentemente, disminuir la reincidencia en el delito”⁴⁹.

Finalmente, el defensor debe “proteger los derechos correspondientes del participante de la acción judicial, fomentando, al mismo tiempo, su completa participación”⁵⁰.

En definitiva, las acciones de los intervinientes en el proceso penal están orientadas por la idea de “adoptar un enfoque no adversarial para la toma de decisiones”⁵¹ lo que en ningún caso quiere decir que no existan desacuerdos

44 WEXLER y KING, ob. cit., p. 22.

45 SCHMA, William et. al., ob. cit., p. 444.

46 SCHMA, William et. al., ob. cit., p. 444.

47 SAEZ, Jorge. “El rol del juez en los Tribunales de Tratamiento de Drogas”. En: *Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile: Material educativo*. Santiago, Chile, Fundación Paz Ciudadana, 2010, p. 85.

48 NADCP. *Tribunales de Drogas: Elementos claves*. Alexandria, Estados Unidos, NADCP, 1997, p. 10.

49 REBOLLEDO, Lorena. “El rol del fiscal en el Tribunal de Tratamiento de Drogas”. En: *Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile: Material educativo*. Santiago, Chile, Fundación Paz Ciudadana, 2010, p. 86.

50 NADCP, ob. cit., p. 10.

51 BENTLEY, Paul y BARNES, Kofi. “Principios Básicos de los Tribunales de Tratamiento de Drogas: El Componente Judicial. La experiencia de Canadá y las lecciones aprendidas”. En: *Tribunales de Tratamiento de Drogas: Una Respuesta internacional para infractores dependientes de drogas: Un enfoque práctico de los Tribunales de Tratamiento de Drogas para los responsables de políticas*. Nueva York, Estados Unidos, Organización de Estados Americanos, 2013, p. 53.

entre ellos. El llamado está en “expresar las opiniones dentro de un debate abierto, sincero y constructivo”⁵², que permita el consenso según mejor convenga a los intereses de la rehabilitación, de tal forma que se “promueva la adherencia al tratamiento”⁵³.

Para ello, la práctica legal y judicial “debe apuntar a respaldar los mecanismos internos de cambio que se activan cuando los participantes buscan cumplir las tareas necesarias para tal fin y a brindar el apoyo externo”⁵⁴ desechándose la idea de que es el propio tribunal quien resuelve los problemas del usuario. La labor del tribunal y los agentes colaboradores reconocen el “respeto al participante como fuente de soluciones y como principal agente de cambio”⁵⁵.

La voluntariedad de la intervención sanitaria resulta, a nuestro juicio, un elemento clave para el modelo. Es necesario tener presente que con la entrada en vigor de la Ley N° 20.584, del año 2012, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas con su atención en salud, cambió en nuestro país el paradigma de la atención médica. El artículo 14 de dicha Ley dispone que “toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud”. Este nuevo orden normativo pone en el centro de la atención médica al paciente y sus derechos. Esta visión de contenido de derechos, permite diferenciar el modelo de los tribunales de tratamiento de drogas con la utilización de la fuerza estatal para encausar al infractor en una forma particular de convivir con su entorno, lo que como se ha dejado ver, resultaría incompatible con su dignidad.

La psicóloga Ana María López nos señala que “la teoría del Enfoque Jurídico Terapéutico postula humanizar la ley, enfocándose en el lado humano, emocional y psicológico de la ley y los procesos legales, para promover el bienestar de las personas a quienes impacta”⁵⁶. Asimismo enfatiza que “la misión de impartir justicia se replantea desde un enfoque más humanista, en el cual las ciencias de la conducta, las teorías sociales y el conocimiento científico, se incorporan

52 REBOLLEDO, Lorena. “Visión Prospectiva en los Tribunales de Tratamiento de Drogas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*. N° 50, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2012, p. 113.

53 REBOLLEDO, “Visión Prospectiva...”, ob. cit., p. 113.

54 WEXLER y KING, ob. cit., p. 33.

55 WEXLER y KING, ob. cit., p. 37.

56 LÓPEZ, Ana María. “Aplicación de un modelo sistemático para propiciar la autoeficacia y modificación de conducta de los participantes en el proceso de cortes de drogas”. En: *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*. Vol. V, N° 78, San José, Puerto Rico, Universidad de Puerto Rico, 2009, p. 6.

en el proceso para una intervención con fines terapéuticos”⁵⁷. Identificando las teorías de autoeficacia de Albert Bandura, de indefensión aprendida de Martín Seligman y el modelo de prevención de recaídas de Alan Marlatt, como adecuadas para una intervención efectiva.

La teoría de autoeficacia, presentada por Bandura en 1977, considera sucintamente que la motivación humana y la conducta están regulados por el pensamiento, y están involucrados tres tipos de expectativas: las expectativas de la situación, las expectativas de resultado, y las expectativas de autoeficacia o autoeficacia percibida. En este sentido, los juicios que cada individuo hace sobre sus capacidades le permitirán organizar y ejecutar los cursos de acción para manejar situaciones futuras.

Estos juicios o creencias del individuo para alcanzar el éxito pueden ser influidas a través de las experiencias de dominio guiado, la experiencia vicaria, la persuasión social y favoreciendo su estado físico y emocional⁵⁸.

La teoría de la indefensión aprendida, elaborada por Martín Seligman, considera que “las personas con estilos pesimistas de explicación atribuirán los eventos negativos como personales, permanentes y universales”, lo que nos lleva a reconocer que “mientras una persona o animal crea que no puede hacer nada para cambiar una situación, tampoco tendrá ninguna motivación para intentarlo”⁵⁹.

El modelo de prevención de recaídas, formulado por Marlatt, está dirigido a fortalecer al paciente en la etapa de mantenimiento, enseñándole cómo anticipar y enfrentar la recaída, puesto que la conducta adictiva es el resultado final de un complejo proceso de aprendizaje⁶⁰.

En definitiva, la aplicación de los principios de la justicia terapéutica buscan “integrar en la actuación penal estrategias efectivas de modificación de conducta”⁶¹ sobre la base de que los comportamientos de los infractores “se ven amplificados por factores personales y del entorno los cuales se pueden intervenir a partir de la acción del tribunal, por medio de un trabajo coordinado con profesionales de la salud mental y de los servicios comunitarios”⁶².

57 LÓPEZ, ob. cit., p. 6.

58 LÓPEZ, ob. cit., p. 10.

59 LÓPEZ, ob. cit., p. 15.

60 LÓPEZ, ob. cit., p. 16.

61 DROPPELMANN, ob. cit., p. 59.

62 DROPPELMANN, ob. cit., p. 59.

Hacia el desenlace

Para nosotros, es importante reconocer que hoy, el Derecho Penal no está distanciado de la Constitución Política, por el contrario, el constituyente tiene una incidencia de “orientación sustancial o constitucional, [... así] el poder punitivo del Estado debe estar definido y fundado en la Constitución, no sólo en cuanto a sus fines, objetivos e instrumentos, sino que, además, en cuanto a los postulados o principios de su sistema de argumentación y aplicación”⁶³.

Luego, el sistema de persecución penal, el Derecho Penal y la pena, están delimitados por un Estado de Derecho social y democrático⁶⁴, donde la dignidad de la persona humana y el principio de servicialidad del Estado traen consigo repensar el sistema de persecución penal, posicionando estos valores como esenciales y que fundamentan la acción del Estado en su favor.

El sistema penal debe considerar en su entramado un proceso que favorezca la reinserción social de los infractores, basado en la voluntariedad del mismo, para lo cual debe otorgar a la pena un sentido concreto. Ello es posible a través de la vinculación del tribunal, el infractor, la víctima y la comunidad.

Al igual que en los sistemas penales aborígenes, el modelo de los tribunales de tratamiento de drogas responde a un concepto cuyo valor fundamental es la paz social, la cual es posible mediante la estimulación del drogodependiente a que voluntariamente desee superar su adicción a dichas sustancias. Una vez manifestada su voluntad de incorporarse al tribunal de tratamiento de drogas⁶⁵, se inicia un proceso de negociación, al cual concurre el infractor y la comunidad, esta última representada en el equipo del tribunal, el centro de tratamiento, y eventualmente, la misma víctima. Ahí se acuerda la forma del castigo, consistente en el seguimiento judicial constante y su inclusión en un tratamiento médico acorde a su condición.

63 DURÁN, Mario. “Constitución y legitimación de la pena: Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal” [en línea]. En: *Política Criminal*. Vol. VI, N° 11, Santiago, Chile, 2011, p. 146. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992011000100005> [fecha de la consulta: 15 de octubre de 2017].

64 En Ley Fundamental de Bonn, Alemania; y en las Constituciones de Colombia, Ecuador, Paraguay, España, Turquía y Venezuela, es posible encontrar el concepto de Estado Social y Democrático de Derecho. En nuestro país es posible sostener, mediante un razonamiento integral de sus normas, la obligación del Estado de contar con un sistema robusto de derechos fundamentales propio de un Estado social y democrático, por lo cual la carencia normativa no es un obstáculo insalvable para dicha afirmación. Puede consultar: NASH, Claudio. “Estado Social y Democrático de Derechos en Chile. Tan cerca, tan lejos” [en línea]. En: *Derecho y Humanidades*. N° 18, Universidad de Chile, 2011. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126708/Estado-social-y-democratico-de-derechos-en-chile-tan-lejos-tan-cerca.pdf?sequence=1> [fecha de la consulta: 11 de noviembre de 2017].

65 Aquí podríamos afirmar que es necesario resolver sobre su culpabilidad. En nuestro país, en que se utiliza la suspensión condicional del procedimiento, ésta se “resolvería” en base a la renuncia del imputado al juicio oral, puesto que, la voluntariedad es el único fundamento que justifica la respuesta afflictiva de la salida alternativa. En otros esquemas de tribunales de drogas, donde funcionan en base a la suspensión de la imposición de la pena, la afirmación cabría con más propiedad.

Su permanencia en el tribunal y en el tratamiento, funciona como una forma de *purificación o penitencia*, en el sentido de que dicho gravamen expresa la comprensión del mal que causó, socializa su arrepentimiento, manifiesta su comprensión sobre la importancia de la comunidad y, simbólicamente, esta última lo acepta ante la manifestación de su arrepentimiento.

Desde la perspectiva preventiva especial posicionar al infractor con la comunidad en una relación directa, puede contribuir a la comunicación bidireccional, y en consecuencia, propiciar una mirada distinta a la que tenían cada uno con respecto al otro. Si ello ocurre, los procesos de inserción social serán exitosos, puesto que el infractor compensará el mal que ha causado mediante la disculpa y el arrepentimiento que se concreta en la participación en el tribunal de tratamiento de drogas, para lo cual ha debido tomar conciencia que su actuar fue incorrecto, permitiéndosele a la comunidad censurar dicha conducta.

Desde la perspectiva preventivo general, la inclusión del infractor en el tribunal de tratamiento de drogas es posible debido a que ha precedido una vulneración de la norma, y luego de ello, ha iniciado un tratamiento de rehabilitación para superar su adicción. Con ello, el sistema penal ha demostrado que funciona y, por lo tanto, se promueve la cohesión social, no sólo por el castigo del delincuente, sino también, por ver satisfecha a la comunidad y haber generado un efecto de fidelidad al Derecho del resto de la colectividad.

En la función preventivo general negativa, el seguimiento judicial constante generaría esa intimidación psicológica.

Conclusiones

El fundamento de los tribunales de tratamiento de drogas radica en los principios constitucionales que trae consigo repensar el sistema de persecución penal, posicionando la dignidad humana como un valor esencial y que justifica la acción del Estado en su favor⁶⁶.

Para ello, es necesario complementar la configuración del Estado liberal, rica en el reconocimiento de los derechos individuales y políticos, con una perspectiva del Estado social, donde “se asume la necesidad de brindar a la población un mínimo básico de bienestar que se compromete a entregar el Estado a través de prestaciones positivas de hacer respecto de las personas en salud,

66 Chile, Decreto N°100, Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial del 22 de septiembre de 2005. Art. 1° inciso 4°: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

educación [...] entre otras materias”⁶⁷, dentro de las cuales debemos incluir la drogodependencia y criminalidad, los problemas asociados a cada uno de estos dos fenómenos, y en la correlación que es posible identificar entre ellos, el Estado debe impulsar programas y proyectos que permitan el acceso de los ciudadanos a una oferta de rehabilitación, y al mismo tiempo, promueva la integración social y el restablecimiento de la paz social.

El castigo penal tiene en el modelo de tribunales de tratamiento de drogas un sentido concreto: vincular al tribunal, al infractor, la víctima y la comunidad, en un proceso que permita la implementación de estrategias adecuadas para la intervención, que en definitiva, aumenten la autoeficacia del usuario en base a la motivación intrínseca para el cambio. La justicia terapéutica es el marco teórico para ello.

La justicia terapéutica ha introducido un nuevo enfoque que se le da a la ley para resolver los conflictos: se le atribuye una perspectiva terapéutica que persigue afrontar el caso desde el punto de vista del problema que subyace a la comisión del delito, respetando valores como la justicia y el proceso penal en sí mismo. De esta manera, se reconoce en la ley una fuerza social que tiene una inevitable consecuencia para la salud mental y psicológica de aquellos a los que afecta, de tal forma, que las consecuencias positivas y negativas puedan sopesarse mediante la intervención especializada y, si es posible, promover procesos que produzcan resultados terapéuticos y rehabilitadores.

Para obtener resultados positivos se requiere un trabajo basado en las ciencias sociales, ampliando el rango de conocimientos hacia otras áreas relacionadas con la promoción de la rehabilitación, las temáticas en adicciones y el trabajo interdisciplinario. Esta nueva herramienta implica abandonar durante las audiencias el cariz adversarial propio de todo litigio y transitar hacia una lógica de solución de conflictos, basada en el tratamiento del imputado y la búsqueda de una solución específica para su problemática mediante una integración multidisciplinaria con los servicios de tratamiento.

Todo ello, nos lleva a la conclusión que mantener el sistema penal en las actuales condiciones implica perpetuar su conocida incapacidad resocializadora, fuente criminógena y forma de control social. Los tribunales de tratamiento de drogas traen consigo una disminución del efecto intimidatorio de la sanción, posibilitan la participación de la comunidad en los procesos de inserción, menguan el control social, y procuran, en definitiva, incentivar el proceso de integración social del individuo y el restablecimiento de la paz social, liberando espacios de reiterada convergencia delictiva que origina el modelo tradicional de justicia penal. Esta es una buena razón para creer e involucrarse en ellos.

67 NOGUEIRA, Humberto. “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano” [en línea]. En: *Estudios Constitucionales*. Vol. VII, N° 2, Santiago, Chile, 2009, p. 144. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200007> [fecha de la consulta: 15 de octubre de 2017].

UNIDAD DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL Y
EXTRADICIONES

DEBIDO PROCESO LEGAL Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN PASIVA

Alvaro Hernández Ducos¹

I. Introducción

El procedimiento chileno de extradiciones pasivas comprende tanto normas internas, contenidas en el CPP, como en diversos tratados internacionales, las que se aplicarán según el país solicitante, el tipo de delito por el que se persigue a un individuo o por ambos criterios. A falta de tratados, nuestra legislación reconoce pleno valor a los Principios Generales de Derecho Internacional en la materia, los que según la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema, se encuentran contenidos en dos instrumentos internacionales específicos, uno suscrito en 1928, y el otro en 1933.

Como se puede apreciar, se trata de instrumentos internacionales anteriores a la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, que fue suscrita casi 40 años después.

Entonces, lo que se busca en este trabajo es verificar si las reglas procedimentales de dichos tratados de extradición cumplen con los criterios y estándares del Debido Proceso Legal que impone el Pacto de San José de Costa Rica, tanto en los planos adjetivos como sustantivos. Asimismo, se analizará la práctica jurisprudencial y operativa de la Corte Suprema, que podrá constituir lo que la doctrina denomina Control de Convencionalidad ².

Por último, se sugerirán modificaciones en el ámbito del Control de Convencionalidad a la actuación del Ministerio Público en la tramitación de este tipo de causas, a las que se le puedan aplicar mecanismos de seguimiento y evaluación de control de impacto.

1 Abogado de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. “Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Revista Ius et Praxis*, año 20, N° 2, págs. 235-274.

II. Desarrollo

A) El Debido Proceso Legal

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el debido proceso legal es el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera, tal y como lo dispone la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así, el debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.

En términos generales, se requiere que exista: a) la exigencia de un proceso previo en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento; b) la prohibición de tribunales especiales y de leyes privativas; c) la restricción de la justicia militar; d) el derecho o garantía de audiencias; e) la fundamentación o motivación de las resoluciones dictadas por la autoridad competente; y f) la evaluación de lo resuelto por los tribunales y su compatibilidad con los principios lógicos y jurídicos del sistema.

B) Aspectos generales sobre el procedimiento de extradición en Chile

La extradición es un mecanismo de cooperación internacional entre Estados, que consiste en un procedimiento complejo que permite la localización, el aseguramiento y la entrega de personas que residen o se encuentran de paso en un país y que son buscadas por los sistemas de justicia de otro país, sea para ser juzgados o para el efectivo cumplimiento de una condena privativa de libertad.

Se parte de la base que un individuo se encuentra físicamente en el territorio de un Estado diferente al del Estado cuyo sistema de justicia pretende juzgar u obligarlo a cumplir una condena penal, para lo cual se requiere una entrega forzosa.

La Corte Suprema ha definido esta institución jurídica como “*el acto mediante el cual el Estado en cuyo territorio se ha refugiado una persona, la entrega al Estado donde delinquirió, para su juzgamiento o cumplimiento de la pena, en su caso, con el objeto de evitar la impunidad de los delitos y hacer efectivo el principio de auxilio mutuo que deben prestarse las naciones, para la consecución del señalado fin*”³.

3 Corte Suprema, 25 de junio de 2012, Rol N° 2.510-2012.

Se denomina “Estado requirente” a aquél que solicita la entrega y “Estado requerido” (o de refugio) aquél en que se encuentra físicamente la persona buscada. Se llama “persona requerida” al individuo cuya extradición se solicita, aunque se suelen usar indistintamente otros nombres, tales como encartado, acusado, inculgado, imputado, etc.

Se habla de extradición activa o pasiva atendiendo al impulso inicial en este tipo de procedimientos: así, será “*activa*” respecto del Estado que la solicita y será “*pasiva*” respecto del Estado requerido. A título de ejemplo, en nuestro país las normas sobre **extradición activa** se encuentran en el Párrafo I, Título VI del Libro IV, del Código Procesal Penal (en adelante CPP) y son competentes para conocerla los Juzgados de Garantía y la Corte de Apelaciones respectivas; en tanto las normas sobre **extradición pasiva** se encuentran en el Párrafo II, Título VI del Libro IV, del mismo Código, y son competentes en primera instancia un Ministro de la Corte Suprema actuando como tribunal unipersonal y en segunda instancia la Sala Penal de la misma Corte.

El procedimiento de extradición pasiva se encuentra regulado por fuentes internas y externas.

Entre las **fuentes internas**, están las antes mencionadas y el Artículo 485 inciso segundo del mismo cuerpo legal, que establece que tendrán aplicación estas normas respecto de las solicitudes que efectúen Estados extranjeros por hechos acaecidos a partir del 16 de junio de 2005.

Las extradiciones que se refieren a hechos anteriores a esa fecha, serán tramitadas conforme a las normas del antiguo Código de Procedimiento Penal, en las cuales el Ministerio Público no ejerce ningún rol. Entre estas podemos destacar dos causas, ambas por graves violaciones a los Derechos Humanos, y que fueron concedidas por nuestra Corte Suprema: una solicitada por la República de Perú en contra del ex – Presidente de ese país Alberto Fujimori (2007) y otra solicitada por la República Argentina en contra del ex – juez Otilio Romano (2013).

En cuanto a las **fuentes externas**, nos referimos a los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Chile. Sobre el particular, debemos señalar que existen tratados y convenciones internacionales específicos en materia de extradición, algunos de carácter bilateral (como el Tratado de Extradición entre Chile y Colombia, de 1914) y otros de carácter multilateral (como la Convención de Extradición de Montevideo, de 1933). Pero además existen múltiples instrumentos internacionales, especialmente aquellos emanados de algún organismo internacional como las Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos, que regulan la prevención y represión de algún tipo de delito en particular y que contienen normas en materia de extradición, como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico

Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de diciembre de 1988, y la Convención Interamericana Contra la Corrupción, de marzo de 1996, respectivamente.

Asimismo, nuestra legislación interna, en el Artículo 449 letra c) del CPP, reconoce pleno valor a los “**principios de derecho internacional sobre extradiciones**”, ante la ausencia de un tratado internacional sobre la materia, para resolver sobre una petición concreta de extradición.

En términos generales, los principios de derecho internacional son:

Cumplimiento de requisitos formales.

- a. Cooperación internacional o auxilio mutuo.
- b. Reciprocidad.
- c. Doble incriminación.
- d. Mínima gravedad.
- e. Exclusión de delitos que no sean comunes.
- f. Persecución penal vigente.
- g. Principio de especialidad.

Nuestra Corte Suprema ha sostenido, de manera uniforme, en diversos fallos⁴, que esos principios se encuentran contenidos en dos instrumentos internacionales suscritos por Chile y que debe acudir a ellos respecto de solicitudes de extradición formuladas por Estados respecto de los cuales no exista un tratado específico en la materia.

Esos dos tratados son los siguientes:

- a) **Código de Derecho Internacional Privado**, suscrito en La Habana, Cuba, en 1928, también conocido como Código de Bustamante, en particular en el Libro IV, Título III, en adelante CDIP⁵.
- b) **Convención de Extradición**, suscrita en Montevideo, Uruguay, en 1933, en adelante CEM⁶.

4 Corte Suprema, 10 de enero de 2011, Rol N° 9.471-2011; Corte Suprema, 09 de agosto de 2011, Rol N° 4.282-2011; Corte Suprema, 09 de julio de 2012, Rol N° 8.687-2011; Corte Suprema, 02 de mayo de 2016, Rol N° 37.531-2015; Corte Suprema, 19 de diciembre de 2016, Rol N° 70.803-2016.

5 Suscrito por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

6 Suscrito por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

En ambos casos se trata de convenciones internacionales multilaterales entre países americanos, con algunas diferencias entre sus signatarios.

A título ilustrativo, una cantidad importante de solicitudes de extradición de nuestro país va dirigida o proviene de Argentina⁷, país con el cual no existe un tratado bilateral específico en la materia, por lo cual las normas que se invocan provienen precisamente de la Convención de Extradición de Montevideo de 1933.

Ambos instrumentos internacionales, al igual que la mayor parte de los convenios sobre extradición, contienen fundamentalmente normas de procedimiento a las que se obligan a cumplir los Estados parte, con el objeto de facilitar la localización, aseguramiento y entrega de los individuos buscados por los respectivos sistemas de justicia penal, para que sean juzgados por los Estados solicitantes o para que cumplan una condena penal en los mismos.

En cuanto a la **naturaleza jurídica del proceso de extradición**, estamos frente a un *antejuicio*, que busca determinar la concurrencia de circunstancias de procesabilidad de un individuo para resolver en definitiva si se accede o no a la entrega solicitada por otro Estado.

En consecuencia, no se trata de un juicio propiamente tal, pues no busca determinar la culpabilidad o inocencia de una persona frente a los delitos que se le imputan (en el caso de las extradiciones para juzgamiento) ni para resolver sobre el fondo de las sentencias condenatorias (en el caso de extradiciones para cumplimiento de sentencias).

Nuestra Corte Suprema ha sostenido lo siguiente: *“Cabe consignar que esta Excm. Corte Suprema ya ha calificado expresamente como “ante-juicio” al procedimiento de extradición, distinción que no es inoficiosa, toda vez que en los “juicios orales” la actividad de los intervinientes y, en especial, la del juzgador, se encamina a determinar la inocencia o la culpabilidad del requerido. En cambio, en los ante-juicios (desafueros, extradiciones pasivas, entre otros), que también son procedimientos, sólo se determina la concurrencia de ciertos requisitos previstos por el legislador, por lo que la naturaleza jurídica del procedimiento que interesa responde en esencia a un acto estatal de cooperación penal internacional, y en ningún caso, a un proceso para lograr el juzgamiento de una persona. Lo anterior conlleva una consecuencia lógica, cual es la de que ningún requerido puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos”*⁸.

7 Estadística interna de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones (UCIEX).

8 Corte Suprema, 20 de noviembre de 2012, Rol N° 7.959-2012.

Nuestro CPP lo regula como un procedimiento especial, en el Libro IV, así como lo hace con el juicio de desafuero o la querrela de capítulos.

La Corte Suprema, en un fallo que anuló una sentencia y parte importante de un procedimiento de extradición pasiva formulado por la República de Colombia, señaló sus características principales y estableció que no podía ser asimilado a un juicio oral, por tratarse de un procedimiento especial. En este sentido, indicó que estaba regulado únicamente por las escasas normas del Libro IV, Título VI, párrafo 2° y, en forma supletoria, por las normas del Libro I sobre Disposiciones Generales, pero no por las normas del Libro II sobre Procedimiento Ordinario, todos del Código Procesal Penal.⁹

En los procedimientos de extradición en el mundo existen diversos estándares probatorios que determinan la forma en que se resuelven las solicitudes de extradición, desde el llamado “**sistema sin pruebas**”, presente en el derecho continental europeo y cuya máxima expresión es la llamada “Euro Orden”¹⁰, pasando por el “**sistema anglosajón**” que exige exhibir pruebas para cumplir el estándar de causa probable, hasta llegar al “**sistema de prima facie**”, en el cual es necesario acompañar los medios probatorios reales existentes en el Estado requirente para que sean valorados directamente por el Estado requerido, a fin de comprobar la seriedad de las imputaciones.

Es este último sistema al que adscribe nuestro sistema de extradiciones pasivas, razón por la cual los Estados requirentes deben acompañar todos los elementos de investigación y de prueba de que disponen, para que nuestro Alto Tribunal pueda examinar y valorar, para determinar en consecuencia, si la imputación es seria, grave y contundente¹¹.

C) Normas sobre Debido Proceso en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH)

La CADH contiene diversas normas que los tratadistas han señalado que constituyen las reglas básicas o mínimas de todo proceso penal, en particular las indicadas en su artículo 8° bajo el nombre de Garantías Judiciales, pero también las del artículo 7° sobre Derecho a la Libertad Personal y las del artículo 9° sobre Principio de Legalidad y Retroactividad.

En ese marco encontramos el artículo 8 de la CADH, denominado *Garantías Judiciales*, que establece los aspectos más generales de lo que se entiende por

9 Corte Suprema, 21 de junio de 2010, Rol N° 1.858-2010.

10 Mecanismo establecido en junio de 2002 por el Consejo de Europa, en el Acuerdo Marco sobre Orden de Detención Europea y Procedimiento de Entrega.

11 Corte Suprema, 03 de julio de 2012, Rol N° 3.004-2012.

el Debido Proceso Legal, lo cual es complementado por el artículo 9 de la CADH, denominado *Principio de Legalidad y de Irretroactividad*. Y el artículo 7 de la CADH, sobre el *Derecho a la Libertad Personal*.

D) Control de Convencionalidad Judicial para el Debido Proceso en el procedimiento de extradición pasiva

Como hemos señalado, la normativa específica del procedimiento de extradición pasiva en nuestra legislación es bastante escasa: son quince artículos, entre el 440 y el 454 del CPP, actuando en forma supletoria las normas del Libro I sobre Disposiciones Generales.

Por otra parte, los tratados internacionales sobre extradición, en particular el Código de Derecho Internacional Privado, de 1928 (en adelante, CDIP), y la Convención sobre Extradición, de 1933 (en adelante, CEM), también aportan algunas normas de procedimiento, pero principalmente garantías de lo que se denomina el Debido Proceso Legal.

Ante esto, ha sido creación de los Ministros Instructores de la Corte Suprema, tanto en aspectos operativos como jurisprudenciales, así como de la Sala Penal de la misma, quienes han llenado diversos vacíos procedimentales y estrictamente operativos en materia de extradición pasiva. Y sin decirlo expresamente, en numerosas oportunidades podemos apreciar una suerte de Control de Convencionalidad tácito, un margen de apreciación, un actuar conforme y un juicio de proporcionalidad, según lo explica el Profesor Pablo Contreras¹².

A continuación, analizaremos cada una de las garantías que la CADH establece en materia de Debido Proceso Legal, a la luz del CDIP y de la CEM, así como las soluciones que la Corte Suprema ha aportado en estos temas, teniendo en consideración la naturaleza jurídica específica de causas de extradición pasiva y los fines diferentes a los de un proceso penal propiamente tal:

1. Derecho a ser oído con las debidas garantías

El artículo 8.1 de la CADH establece la necesidad que toda persona sea oída con las debidas garantías.

En el contexto del sistema de extradiciones, encontramos que estas garantías se encuentran contenidas en diversas disposiciones del derecho internacional

12 CONTRERAS, ob. cit., p. 1.

y del derecho interno, que pasaremos a revisar a continuación, exceptuando sólo a aquellas que tendrán un tratamiento especial en este trabajo.

a) Petición debe ser formulada por un Estado hacia otro Estado, de manera oficial

El sistema de extradiciones en todo el mundo está concebido sobre la base de relaciones entre Estados y no de particulares.

En este sentido, es el Estado A (requirente) quien solicita al Estado B (requerido) la entrega de una persona en extradición, para ser juzgada por los tribunales del Estado A, o para que cumpla efectivamente una condena en el sistema carcelario del Estado A. Ello no obsta a que en el proceso penal en el Estado A existan intervinientes particulares, como por ejemplo querellantes o víctimas, que insten por el inicio o sostenimiento de un procedimiento de extradición.

Pero será siempre una decisión de las autoridades competentes de un Estado solicitar (y desistirse) de una demanda de extradición, por lo que no se le da espacio alguno a la venganza privada de las víctimas en sentido amplio para perseguir a personas que se encuentran en un territorio nacional diverso. Adicionalmente, se establece la responsabilidad internacional de los Estados solicitantes.

En este sentido, al examinar los tratados internacionales sobre extradición se apreciará que todo el lenguaje utilizado está construido sobre la expresión “Estado”.

Es decir, sólo tiene legitimación activa el Estado solicitante, a través de sus representantes. Carecen de ella los otros Estados y los particulares.

En particular, en el CDIP, en su artículo 344 se dispone que: *“Para hacer efectiva la competencia judicial internacional en materias penales, cada uno de los Estados contratantes accederá a la solicitud de cualquiera de los otros para la entrega de individuos condenados o procesados ...”*. El artículo 364 del CIDP refuerza esta idea al señalar que: *“La solicitud de extradición debe hacerse por conducto de los funcionarios debidamente autorizados para eso por las leyes del Estado requirente”*. El artículo 372 del CIDP prescribe que: *“Los gastos de detención y entrega serán de cuenta del Estado requirente...”*, y el artículo 374 establece una regla de responsabilidad internacional al indicar que: *“Toda responsabilidad que pueda originarse del hecho de la detención provisional, será de cargo del Estado que la solicite”*.

La CEM, por su parte, establece reglas análogas. Así, el artículo I establece que: *“Cada uno de los Estados signatarios se obliga a entregar, de acuerdo con las estipulaciones de la presente Convención, a cualquiera de los otros Estados que lo requiera, a los individuos que se hallen en su territorio ...”*. En su artículo III

indica que: “*El Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición...*”. El artículo V dispone que: “*El pedido de extradición debe formularse por el respectivo representante diplomático, y a falta de éste por los agentes consulares o directamente de Gobierno a Gobierno ...*”. El artículo X, en su parte final, expresa: “*Las responsabilidades que pudieran originarse de la detención provisional o preventiva corresponden exclusivamente al Estado requiriente*”. Y el artículo XVII dispone que: “*Concedida la extradición, el Estado requiriente¹³ se obliga ...*”.

Nuestra legislación interna recoge esta situación, básicamente en las siguientes disposiciones del CPP: “*Artículo 440. Procedencia de la extradición pasiva. Cuando un país extranjero solicitare a Chile la extradición de individuos ...*”. “*Artículo 453. Desistimiento del Estado requirente. Se sobreseerá definitivamente en cualquier etapa del procedimiento en que el Estado requirente se desistiere de su solicitud*”.

Adicionalmente, nuestra legislación establece una regla particular sobre la representación judicial del solicitante, en el artículo 443 del CPP, que indica lo siguiente: “*Artículo 443. Representación del Estado requirente. El ministerio público representará el interés del Estado requirente en el procedimiento de extradición pasiva, lo que no obstará al cumplimiento de lo dispuesto en su ley orgánica constitucional. En cualquier momento, antes de la audiencia a que se refiere el artículo 448, el Estado requirente podrá designar otro representante, caso en el cual cesará la intervención del ministerio público*”.

No existe una norma equivalente para la representación de la víctima del delito ni para los querellantes particulares en el proceso que se siga ante los tribunales del Estado requirente, y no se concibe tampoco la posibilidad que un particular pueda hacerse parte en una causa de extradición pasiva.

Además, es del caso señalar que sólo interviene en la causa el Estado requirente, a través de sus representantes, estando vedado el procedimiento al ingreso de otros Estados¹⁴.

En Chile, la autoridad central o punto de contacto oficial de todos los tratados de extradición, incluidos el CDIP y la CEM, así como de gran parte de los tratados de asistencia legal mutua, es la Dirección de Asuntos Jurídicos (DIJUR) del Ministerio de Relaciones Exteriores. Por tanto es a esa Repartición que llegan las solicitudes de extradición pasiva, usualmente a través de una Nota Verbal de la Embajada del Estado requirente acreditada en nuestro país. También puede ser remitida por las autoridades competentes del Estado

13 La Convención de Extradición de Montevideo, en su texto original, usa la expresión “requiriente” en la redacción de sus artículos; nosotros usamos la voz “requirente”.

14 Corte Suprema, 15 de septiembre de 2017, Rol N° 18.124-2017.

requirente a la Embajada de Chile acreditada en ese país y luego conducida a la Dirección antes indicada. Recibida la solicitud en DIJUR, es remitida por oficio formal a la Corte Suprema de Justicia, así como toda otra comunicación o documentación complementaria que arribe en la forma antes indicada.

b) Formalidades de la solicitud de extradición y de detención previa

Los pedidos de extradición deben someterse a una serie de reglas formales para que puedan ser admitidos a tramitación por parte de los Estados requeridos. Estas reglas apuntan a garantizar que las solicitudes tengan fundamentos serios, plausibles y graves, y a que efectivamente exista una persecución penal de carácter judicial en contra de la persona requerida por el Estado requirente.

Así, el artículo 365 del CDIP señala que: *“Con la solicitud definitiva de extradición deben presentarse: 1. Una sentencia condenatoria o mandamiento o un auto de prisión o un documento de igual fuerza, o que obligue al interesado a comparecer periódicamente ante la jurisdicción represiva, acompañado de las actuaciones del proceso que suministren pruebas o al menos indicios racionales de la culpabilidad de la persona de que se trate. 2. La filiación del individuo reclamado o las señas o circunstancias que pueden servir para identificarlo. 3. Copia auténtica de las disposiciones que establezcan la calificación legal del hecho que motiva la solicitud de entrega, definan la participación atribuida en él al inculpado y precisen la pena aplicable”*.

El artículo 366 del mismo instrumento internacional acepta la posibilidad que la solicitud de extradición pueda formularse incluso telegráficamente¹⁵, en cuyo caso los documentos antes mencionados deben ser presentados por parte de la Legación (hoy diríamos Embajada) o Consulado general del Estado requirente, dentro de los dos meses siguientes a la detención del inculpado, de lo contrario éste será puesto en libertad.

La CEM, por su parte, contiene normas similares. Así, en el artículo V, exige que: *“El pedido de extradición debe formularse por el respectivo representante diplomático ... y debe acompañarse de los siguientes documentos, en el idioma del país requerido: a) Cuando el individuo ha sido juzgado y condenado por los tribunales del Estado requirente, una copia auténtica de la sentencia ejecutoriada. b) Cuando el individuo es solamente un acusado, una copia auténtica de la orden de detención, emanada de un juez competente; una relación precisa del hecho imputado, una copia de las leyes penales aplicables a ésta, así como de las leyes referentes a la prescripción de la acción o de la pena. c) Ya se trate de condenado o acusado, y*

¹⁵ Haciendo una interpretación progresiva, podría sostenerse que hoy en día sería válido utilizar el correo electrónico u otro medio informático moderno, pero hasta donde sabemos no se ha planteado la situación.

siempre que fuere posible, se remitirán la filiación y demás datos personales que permitan identificar al individuo reclamado”.

Por otra parte, la CEM menciona las formalidades de la solicitud de detención provisional o preventiva, al prescribir en su artículo X que: *“El Estado requiriente podrá solicitar, por cualquier medio de comunicación, la detención provisional o preventiva de un individuo siempre que exista al menos una orden de detención dictada en su contra y ofrezca pedir oportunamente la extradición...”.*

Nuestro CPP no se refiere de manera específica a la forma de la solicitud de extradición, limitándose a señalar en su artículo 440 que: *“Cuando un país extranjero solicitare a Chile la extradición de individuos ..., el Ministerio de Relaciones Exteriores remitirá la petición y sus antecedentes a la Corte Suprema”*, sin precisar cuáles deben ser esos antecedentes. Pero sí exige una documentación mínima tratándose de la Detención Previa, al ordenar en el artículo 442 que: *“...lo requiriere el Estado extranjero mediante una solicitud que contemple las siguientes menciones mínima: a) La identificación del imputado; b) La existencia de una sentencia condenatoria firme o de una orden restrictiva o privativa de la libertad personal del imputado; c) La calificación del delito que motivare la solicitud, el lugar y la fecha de comisión de aquél y, d) La declaración que se solicitará formalmente la extradición”.*

c) Principio de doble incriminación

Una garantía específica para la persona requerida consiste en que los hechos que se le imputan en el Estado requirente y que justifican la persecución penal internacional, deben ser constitutivos de delito tanto en su propia legislación penal como en la del Estado requerido.

Cabe hacer presente que, por el contrario, los tratados internacionales sobre asistencia legal mutua no establecen este requisito cuando se solicitan diligencias de investigación o la obtención de medios probatorios. En efecto, en la mayor parte de tratados sobre estas materias sólo se exige que los hechos sean constitutivos de delito en el Estado requirente y que al menos sean ilegales en el Estado requerido, pero no siempre tipificados como delitos.

El CDIP se refiere claramente al principio de doble incriminación en su artículo 353, al indicar que: *“Es necesario que el hecho que motive la extradición tenga el carácter de delito en la legislación del Estado requirente y en la del requerido”.*

La CEM lo exige de una manera similar, al señalar en su artículo I que: *“Cada uno de los Estados signatarios se obliga a entregar ... a cualquiera de los otros Estados que los requiera, a los individuos ... siempre que concurran las circunstancias siguientes: ... b) que el hecho por el cual se reclama la extradición tenga el carácter de delito y sea punible por las leyes del Estado requiriente y por las del Estado requerido ...”.*

Hay que destacar que el principio de doble incriminación se refiere a “los hechos” y no a “los delitos”.

La jurisprudencia de la Corte Suprema, tanto de parte de los Ministros Instructores como de la Sala Penal, ha establecido de manera uniforme este principio, remarcando que el núcleo central de los hechos imputados a la persona requerida deben estar tipificados como delitos en ambos sistemas normativos, aunque el nombre específico o la calificación jurídica o las circunstancias accesorias varíen de un Estado a otro.

Así, por ejemplo, en la sentencia que concedió a Perú la extradición del ex - Presidente de ese país, Alberto Fujimori, se sostuvo que¹⁶:

QUINTO: “Dentro del primero de ellos se inserta el denominado “principio de la doble incriminación o identidad de la norma”, que consiste en exigir que el hecho por el cual se concede la extradición esté previsto como delito tanto en el país requirente como en el requerido. Es importante apuntar que, para la existencia de tal identidad, no es estrictamente necesario que ese hecho tenga o reciba el mismo nombre o calificación por parte de ambas legislaciones, es decir, no se requiere que el hecho tenga el mismo nomen iuris en una y otra legislación (Luis Jiménez de Asúa: “Tratado de Derecho Penal”, tomo II, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, mil novecientos sesenta y cuatro, página 943 y Aldo Monsalve Müller: “Derecho Internacional Privado”, tercera edición, Santiago, dos mil siete, página 252). De lo que se trata, en definitiva, es comprobar si los elementos materiales del hecho, tal como aparecen en la solicitud de extradición, pueden concretar una especie delictiva prevista por ambas leyes: la del Estado requirente y la del Estado requerido. Es decir, el requisito de la “doble incriminación” no implica que el Estado requirente señale con precisión la figura típica chilena en que el hecho se encuadra; basta con que éste, tal y como se expresa en la demanda, sea constitutivo de delito, aunque por un tipo distinto del señalado en el requerimiento. Un error en este punto no invalida la petición de extradición...”. OCTAVO: Que de las normas transcritas se concluye que no representa un obstáculo para conceder la extradición el que el Estado requirente yerre al subsumir los hechos que sustentan la petición en algunas de las figuras típicas consagradas en la legislación penal de la Nación requerida. Los artículos 353 y 354 del Código de Bustamante exigen sólo que el Estado requirente haga una calificación provisional para los inculpadados, de modo que si el tribunal nacional los califica como otra figura típica, ello no hace inadmisibile la extradición. Aún más, ni la legislación nacional ni la peruana exigen de manera expresa que el Estado requirente indique la norma equivalente de la Nación requerida que sanciona como delito la situación fáctica por la cual se expide la solicitud de extradición. Si el país requirente se aventura en tal ejercicio, realizado a fin de ilustrar a los órganos

16 Corte Suprema, 21 de septiembre de 2007, Rol N° 3744-2007.

que autorizan la solicitud de extradición, dicha actividad no es, en ningún caso, vinculante para el Estado requerido”.

En una sentencia más reciente, el Sr. Carlos Aránguiz, actuando como Ministro Instructor, accedió al pedido de extradición solicitada por la República Federal de Alemania, sentencia que fue posteriormente confirmada por la Sala Penal de la Corte Suprema¹⁷. En su fallo señaló que:

“OCTAVO: La doble incriminación consiste en “exigir que el hecho por el cual se concede la extradición esté previsto tanto en el país requirente como en el requerido” lo cual no implica que sea estrictamente necesario que ese hecho tenga o reciba el mismo nombre o calificación por parte de ambas legislaciones, tal como se ha entendido en diversos fallos de esta Corte. Por otra parte, el artículo 1 letra b) de la Convención de Montevideo – en cuanto a la procedencia de la extradición, exige que el hecho tenga carácter de delito”. En Alemania, país por el cual se ha extendido orden de detención internacional, es el de asesinato, que la legislación alemana contempla en el artículo 211 del Código Penal Alemán. En Chile los hechos investigados configurarían el delito de homicidio previsto en el artículo 391 del Código Penal, el que sanciona con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo”.

d) Principio de mínima gravedad de la pena

Otra garantía muy relevante es el principio de mínima gravedad de la pena, que tiene como objeto evitar la persecución penal de un país a otro por delitos de baja relevancia penal o de bagatela.

En tratados de extradición más antiguos, del siglo XIX o comienzos del siglo XX, se usaba la técnica de establecer catálogos de delitos sobre los cuales se podía pedir una extradición, y ciertamente eran todos delitos graves¹⁸.

Pero los tratados más modernos, incluidos el CIDP y la CEM, ya no incluyen catálogos de delitos extraditables, sino que cualquier delito, con tal que tenga asignada una pena superior a un cierto tiempo de privación de libertad, siendo lo más usado en los tratados suscritos por Chile que sea una pena superior a un año.

Poco importa el nombre de la pena: prisión, reclusión, presidio, etc.

Lo que importa es que se trate de una pena efectiva de privación total de libertad y que no tenga una pena alternativa no privativa de libertad, como una multa o suspensión de derechos. En cambio, carece de relevancia que

¹⁷ Corte Suprema, 02 de mayo de 2016, Rol N° 37.531-2016.

¹⁸ Así, por ejemplo, el Tratado de extradición entre Chile y los Estados Unidos de América, de 1901, y el Tratado de extradición entre Chile y Colombia, de 1914, ambos plenamente vigentes.

existan otras penas de carácter complementario o accesorio, como multas o suspensión o inhabilitación de derechos.

Esta es una de las situaciones por las cuales constituye una garantía que el Estado requirente deba acompañar a su solicitud de extradición una copia de las leyes que establecen las penas aplicables a los hechos que se imputan, pues sólo de este modo el Ministro Instructor podrá determinar si se cumple o no con este requisito.

Tratándose de extradiciones destinadas al juzgamiento de una persona, las penas deben ser consideradas **en abstracto**, esto es, la que establece la ley asociada al tipo penal que motiva la persecución del sujeto en otro país. En este sentido, la Corte Suprema ha rechazado invariablemente la pretensión de las Defensas en orden a sostener que no se cumple con este principio, pues al hacer una estimación de pena probable considerando las circunstancias atenuantes existentes en nuestro país, podría, eventualmente, ser condenado en definitiva a una pena inferior a un año de privación de libertad.

Así, por ejemplo, en una sentencia reciente, la Corte Suprema sostuvo lo siguiente: *“Cabe puntualizar que el principio de mínima gravedad implica una apreciación de la pena aplicable en abstracto, tanto por la redacción del artículo 2.1 del Acuerdo de Extradición del Mercosur... como de la naturaleza del procedimiento de extradición, que corresponde a un antejuicio, en el que solo se determina la concurrencia de ciertos requisitos previstos por el legislador, por lo que la naturaleza jurídica del procedimiento responde en esencia a un acto estatal de cooperación penal internacional quedando reservadas las alegaciones destinadas a fijar la pena aplicable en concreto para la etapa de juicio propiamente tal”*¹⁹.

En cambio, tratándose de extradiciones destinadas al cumplimiento de una sentencia condenatoria de una pena privativa de libertad, por supuesto que estamos frente a una **pena concreta**. Y los tratados generalmente agregan un requisito copulativo, consistente en que a la persona requerida le resten al menos seis meses de cumplimiento efectivo de la pena originalmente impuesta.

El CDIP, en su artículo 354, establece que: *“Asimismo, se exigirá que la pena asignada a los hechos imputados, según su calificación provisional o definitiva por el juez del tribunal competente del Estado que solicita la extradición, no sea menor de un año de privación de libertad...”*.

La CEM, por su parte, en su artículo I, exige en su letra b): *“Que el hecho por el cual se reclama la extradición ... sea punible por las leyes del Estado requirente*

19 Corte Suprema, 04 de enero de 2017, Rol N° 96.006-2016.

y por las del Estado requerido con la pena mínima de un año de privación de libertad”.

Nuestro CPP, concordante con lo anterior, prescribe lo siguiente: “*Artículo 440. Procedencia de la extradición pasiva. Cuando un país extranjero solicitare a Chile la extradición de individuos que se encontraren en el territorio nacional y que en el país requirente estuvieren imputados de un delito o condenados a una pena privativa de libertad de duración superior a un año...*”.

Sin embargo, este criterio de mínima gravedad, tanto por la pena mínima de privación de libertad como por la existencia de una alternativa de multa o de limitación de derechos, **no es absoluta y debe ser interpretada en forma más amplia, según el contexto que se trate**. En efecto, tanto en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, suscrita en Viena, en 1988, así como en la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos adicionales, suscrita en Palermo en 2000 indican que serán objeto de extradición todos los delitos que se encuentren contenidos en esos instrumentos internacionales, sin importar, por ende, cual sea la penalidad específica que le asigne cada uno de los Estados signatarios. En nuestro país, por su parte, la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en su artículo 48, así como la Ley N° 19.913, sobre lavado y blanqueo de activos, en su artículo 33 letra d), establecen normas similares, al señalar que todos los delitos contenidos en esos cuerpos legales son extraditables, tanto activa como pasivamente, aún en ausencia de tratado específico o de reciprocidad.

Entonces, puede ocurrir que existan delitos cuya pena mínima asignada sea inferior a un año de privación de libertad o que la pena asignada consista en una multa o en una limitación de derechos como alternativa a una privativa de libertad, y que sin embargo autorice a solicitar o a conceder una extradición, si se trata de delitos contenidos en esas convenciones internacionales o esas leyes especiales.

e) Otras causales de denegación de entrega

Analizaremos en este acápite diversas causales de denegación de entrega en extradición, que constituyen en sí mismas garantías en favor de las personas requeridas.

i. Prescripción de la acción penal o de la pena

Una exigencia absoluta consiste en la vigencia de la persecución penal, tanto respecto del Estado requirente como del requerido.

En casi todos los países existen reglas de prescripción para los delitos comunes, similares a las nuestras, con plazos diferenciados según la naturaleza o gravedad del delito²⁰.

Tratándose de extradiciones para juzgamiento, será necesario que la acción penal esté vigente; para las extradiciones que buscan el cumplimiento de una condena, será necesario que la pena se encuentre vigente.

En este sentido también cobra mucha importancia la necesidad que el Estado requirente remita copia de las normas sobre prescripción de la acción penal y de la pena, tal como lo explicamos más arriba.

Así, en el CDIP, en su artículo 359, se establece que: *“Tampoco podrá accederse a ella (la extradición) si han prescrito el delito o la pena conforme a las leyes del Estado requirente o del requerido”*.

La CEM lo expresa en iguales términos, al sostener en su artículo III que: *“El Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición: a) Cuando estén prescriptas las acción penal o la pena, según las leyes del Estado requirente y del requerido con anterioridad a la detención del individuo inculpado”*.

Nuestro CPP no establece ninguna norma particular sobre la materia.

ii. Pena cumplida, amnistía o indulto

Concordante con lo anterior, tampoco se puede conceder una extradición si la sentencia condenatoria que se pretende ejecutar ya fue cumplida.

O si la persona requerida fue beneficiada por una amnistía o un indulto, pues en todos estos casos la persecución penal ya ha perdido su razón de ser.

Lo expresa en forma perentoria el CDIP en su artículo 358, que señala que: *“No será concedida la extradición si la persona reclamada ... ha cumplido la pena...”*.

En términos más amplios se expresa la CEM, que prescribe en su artículo III que: *“El Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición: ... letra b) Cuando el individuo inculpado haya cumplido su condena en el país del delito o cuando haya sido amnistiado o indultado”*.

iii. Delitos políticos y conexos

Los tratados de extradición en general la prohíben tratándose de delitos políticos.

²⁰ En los Estados Unidos de América una parte importante de los delitos federales y estatales comunes más graves no están sujetos a prescripción.

Paradójicamente, en la génesis histórica de esta institución, se trataba de perseguir precisamente delitos políticos, pero ello fue cambiando con el tiempo hasta la forma hoy existente.

Sin embargo, a pesar de constituir verdaderos delitos políticos o conexos, el Derecho Internacional excluye de la prohibición los atentados contra la vida o integridad física de un Jefe de Estado o de Gobierno, los cuales son por ende extraditables²¹.

La idea subyacente en esta prohibición es que la extradición verse sobre delitos comunes y no políticos.

Así, el artículo 355 del CDIP dispone que: *“Están excluidos de la extradición los delitos políticos y conexos, según la calificación del Estado requerido”*. El artículo 356, por su parte, señala que: *“Tampoco se acordará, si se probare que la petición de entrega se ha formulado de hecho con el fin de juzgar y castigar al acusado por un delito de carácter político, según la misma calificación”*. Y el artículo 357 contiene la contra-excepción: *“No será reputado delito político, ni hecho conexo, el de homicidio o asesinato del Jefe de Estado contratante o de cualquiera persona que en él ejerza autoridad”*.

La CEM, por su parte, contiene normas similares. En su artículo III establece que: *“El Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición:...letra e) Cuando se trate de delito político o de los que le son conexos. No se reputará delito político el atentado contra la persona del Jefe de Estado o de sus familiares”*.

La jurisprudencia de la Corte Suprema registra algunos casos en que existe un pronunciamiento sobre delitos políticos, todos del Sistema Antiguo. En Reforma no se han visto casos sobre el particular.

En un caso de 1955, solicitado por Guatemala, la Sala Penal resolvió que: *“...el delito político no aparece definido ni en preceptos positivos de la legislación nacional ni en la Convención de 1933, recién aludida, pero los principios generalmente aceptados coinciden en que el bien jurídico protegido y que ese delito lesiona es la normalidad constitucional del país afectado, y se ha entendido que, en su aspecto objetivo, delito político es aquél que atenta contra la organización política del Estado o contra los derechos políticos de los ciudadanos; o bien se consideran como delitos de esta especie aquellos actos que tienen por fin alterar el orden político o social establecido en un país...”*²².

21 Por ejemplo, el artículo 5° del Tratado de Extradición del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile, de 1998.

22 Corte Suprema, sentencia de 1955. En: RDJ, Tomo LII, 1955, II Parte, Sección 4ª, págs. 34 y sgtes.

En otro caso de 1957, solicitado por Argentina, señaló: “*Que el delito político no aparece definido en nuestra legislación positiva, ni en las convenciones o tratados internacionales, anteriormente enumerados, pero los principios generalmente aceptados coinciden en que el delito político es el que atenta contra la organización política del Estado o contra los derechos políticos de los ciudadanos, y que el bien jurídico protegido y que ese delito lesiona es la normalidad constitucional del país afectado. También se contemplan como delitos de esta especie aquellos actos que tienen por fin alterar el orden político o social establecido en el país. La mayoría de los autores consideran, además, indispensable para distinguir entre delitos políticos y comunes, tomar en cuenta la finalidad y los móviles de los responsables, o sea, contemplar tanto el aspecto objetivo del delito, como su visión subjetiva. Los delitos políticos y sociales obedecen a motivos de interés político o colectivo y se caracterizan por el sentimiento altruista o patriótico que los anima; mientras que los comunes se hayan informados de un sentimiento egoísta más o menos excusable (emoción, amor, honor) o reprochable (venganza, odio, lucro)*”²³.

iv. Delitos militares y otros delitos especiales

Tal como en el caso de los delitos políticos, también se excluye del sistema de extradiciones en el Derecho Internacional a los delitos militares, en el entendido que se trata de tipos penales específicos de los miembros de las fuerzas armadas y que normalmente constituyen faltas disciplinarias que para aumentarles la sanción se tipifican como delitos.

En este ámbito ni siquiera alcanza a plantearse la discusión que ha sido muchas veces abordada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el juzgamiento y condena de civiles por delitos militares.

La CEM, en su artículo III señala que: “*El Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición: ...letra f) Cuando se trate de delitos puramente militares o contra la religión*”.

2. Juez o tribunal competente establecido con anterioridad por la ley

El artículo 8.1 de la CADH impone la necesidad que exista un juez o tribunal competente, establecido con anterioridad por la ley, para el juzgamiento de una persona.

El artículo 314 del CDIP, prescribe que: “*La ley de cada Estado contratante determina la competencia de los Tribunales, así como su organización, las formas de enjuiciamiento y ejecución de las sentencias y los recursos contra sus decisiones*”. A su vez, el artículo 316 del mismo tratado dispone que: “*Ningún Estado*

23 Corte Suprema, sentencia de 1957. En: RDJ, Tomo XIV, 1957, II Parte, Sección 4ª, págs. 72 y sgtes.

contratante organizará o mantendrá en su territorio tribunales especiales para los miembros de los demás Estados contratantes. Y concluye con una garantía muy clara en el artículo 317, que señala que: *“la competencia rationae materiae y rationae personae, en el orden de las relaciones internacionales, no debe basarse por los Estados contratantes en la condición de nacionales o extranjeras de las personas interesadas, en perjuicio de éstas”*.

De esta manera, se determina que si bien será el derecho interno de cada uno de los Estados partes el que definirá las reglas de competencia y procedimiento, habrá un límite fuerte y claro, en el sentido que debe tratarse de tribunales comunes, que conozcan de la totalidad de las causas de la misma naturaleza, sin importar la nacionalidad de los afectados. Más aún, prohíbe explícitamente que se puedan crear o mantener tribunales en función de la nacionalidad de los involucrados.

La CEM, por su parte, establece una norma análoga en la primera parte de su artículo VIII, al disponer que: *“El pedido de extradición será resuelto de acuerdo con la legislación interior del Estado requerido”*, partiendo del supuesto que en todos los Estados Partes existían tribunales ordinarios al momento de su suscripción en el año 1933.

Nuestra legislación interna regula con precisión cuál será el tribunal competente, estableciendo una norma de competencia y de procedimiento de carácter temporal en el artículo 485 del CPP: las solicitudes de extradición relativas a hechos ocurridos hasta el 15 de junio de 2005, serán conocidas por los tribunales que señala el Código de Procedimiento Penal, en lo que conocemos hoy por “Procedimiento Antiguo”; en cambio, las solicitudes de extradición que se refieran a hechos cometidos desde el 16 de junio de 2005, serán de competencia de los tribunales que establece el CPP, en lo que conocemos hoy como “Procedimiento Nuevo o de Reforma”.

El Código de Procedimiento Penal, dispone lo siguiente: *“Artículo 645. Recibidos los antecedentes corresponderá al Presidente de la Corte Suprema conocer en primera instancia de la solicitud de extradición”*. *“Artículo 653. Deberá dictarse sentencia dentro de quinto día, la que se llevará en consulta a la Corte si no es apelada”*. Este sistema, sin embargo, ha sido modificado en virtud de un Acta del Pleno de la Corte Suprema de 2002, que hace extensiva las reglas del CPP para la determinación del juez competente.

El CPP, por su parte, estructura el sistema de competencia siguiente: *“Artículo 441. Tribunal de primera instancia en la extradición pasiva. Recibidos los antecedentes, se designará al Ministro de la Corte Suprema que conocerá en primera instancia de la solicitud de extradición ...”*. *“Artículo 450. Recursos en contra de la sentencia que falla la petición de extradición. En contra de la sentencia que se pronunciare sobre la extradición procederán el recurso de apelación y el recurso de nulidad ... Corresponderá conocer de estos recursos a la Corte Suprema”*.

En concreto, conocerá de los recursos la Sala Penal de la Corte Suprema. Y si el Ministro Instructor que conoció de la causa como tribunal unipersonal de primera instancia forma parte de la Sala Penal, no la podrá integrar el día que se vean los recursos correspondientes (apelación o nulidad) en contra de su decisión.

En el año 2002, el Pleno de la Corte Suprema acordó a través de un Acta que existiría un turno entre todos los Ministros de la Corte Suprema, en orden ascendente en función de su antigüedad, mediante el cual serán asignadas las causas de extradición o de detenciones preventivas con fines de extradición, uno a uno. Sólo queda excluido de este turno el Ministro que esté ejerciendo la Presidencia de la Corte Suprema.

Para el sistema de extradiciones no sólo importa que exista un tribunal ordinario establecido por ley en el Estado requerido, exige también que existan garantías de este tipo respecto del Estado requirente.

Así, la CEM en su artículo III letra d) establece que el Estado requerido no estará obligado a conceder una extradición: *“cuando el individuo inculpado hubiera de comparecer ante tribunal o juzgado de excepción del Estado requirente”*.

Además, tanto en el CDIP como en la CEM se exige la existencia de una orden judicial de detención o de una sentencia condenatoria emanada de un tribunal para sustentar un pedido de extradición o una solicitud de detención previa.

En efecto, el artículo 365 N° 1 del CDIP, enumera los antecedentes que debe contener la solicitud formal o definitiva de extradición, mencionando: *“Una sentencia condenatoria o un mandamiento o un auto de prisión o un documento de igual fuerza, o que obligue al interesado a comparecer periódicamente ante la jurisdicción represiva...”*. Asimismo, en su artículo 354 dispone que: *“...se exigirá que la pena asignada a los hechos imputados según su calificación provisional o definitiva por el Juez o Tribunal competente del Estado que solicita la extradición ...”*. Con esto, se deja de manifiesto la exigencia que deba existir una resolución emanada de un juez o tribunal en el Estado requirente para la validez de un proceso de extradición.

El artículo V de la CEM, por su parte, exige similares documentos para formular un pedido de extradición, al señalar en su letra a) que: *“cuando el individuo haya sido juzgado y condenado por los tribunales del Estado requirente, una copia auténtica de la sentencia ejecutoriada”*, y en la letra b) que: *“cuando el individuo es solamente un acusado, una copia auténtica de la orden de detención emanada de un juez competente ...”*.

Asimismo, en el artículo X de la CEM, impone la necesidad que se acompañe como antecedente a una solicitud de detención provisional o preventiva en contra de un individuo que se pretende extraditar, a lo menos *“una orden de detención dictada en su contra”*.

Reglas especiales de jurisdicción y competencia de los tribunales

En materia de extradición, existen tres reglas especiales referidas a la competencia de los tribunales, una que constituye un presupuesto de la solicitud, otra que establece un sistema de preferencias y una final que es consecuencia de una extradición otorgada.

a) Presupuesto o condición para solicitar una extradición

Constituye una condición para que un Estado formule un pedido de extradición a otro, que sus tribunales sean competentes para juzgar o para haber condenado a la persona cuya entrega se solicita, según la hipótesis que se plantee.

El artículo 351 del CDIP prescribe que: *“Para conceder la extradición, es necesario que el delito se haya cometido en el territorio del Estado que la pida o que le sean aplicables sus leyes penales...”*.

Una regla similar la encontramos en el artículo I letra a) de la CEM, al disponer que: *“el Estado requiriente tenga jurisdicción para juzgar el hecho delictuoso que se le imputa al individuo reclamado”*.

b) Solicitudes múltiples de extradición sobre una misma persona

Los tratados de extradición contienen normas de atribución preferente de competencia para la entrega de personas, cuando concurren solicitudes de varios Estados en contra de un mismo individuo.

Así, el CDIP señala lo siguiente: Artículo 347 *“Si varios Estados contratantes solicitan la extradición de un delincuente por el mismo delito, debe entregarse a aquél en cuyo territorio se haya cometido”*. Artículo 348: *“En caso de solicitarse por hechos diversos, tendrá preferencia el Estado contratante en cuyo territorio se haya cometido el delito más grave, según la legislación del Estado requerido”*. Artículo 349: *“Si todos los hechos imputados tuvieren igual gravedad, será preferido el Estado contratante que presente primero la solicitud de extradición. De ser simultáneas, decidirá el Estado requerido, pero debe conceder preferencia al Estado de origen o, en su defecto, al del domicilio del delincuente, si fuere uno de los solicitantes”*. Artículo 350: *“Las anteriores reglas sobre preferencia no serán aplicables si el Estado contratante estuviere obligado con un tercero, a virtud de tratados vigentes anteriores a este Código, a establecerla de un modo distinto”*.

La CEM por su parte, en su artículo VII establece reglas similares: *“Cuando la extradición de un individuo fuere pedida por diversos Estados con referencia al mismo delito, se dará preferencia al Estado en cuyo territorio éste se haya cometido”*.

Si se solicita por hechos diferentes, se dará preferencia al Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el delito que tenga pena mayor, según la ley del Estado requerido. Si se tratare de hechos diferentes que el Estado requerido reputa de igual gravedad, la preferencia será determinada por la prioridad del pedido”.

c) Principio de especialidad

El principio de especialidad en materia de extradición **es quizás la mayor garantía que existe en términos de jurisdicción y competencia**, convirtiéndose en una severa limitación al poder de los Estados en favor de las personas, por lo que es considerado uno de los principios universales del derecho de las extradiciones.

Consiste básicamente en que el Estado requirente sólo puede juzgar a una persona que fue entregada en extradición única y exclusivamente por el o los delitos por los cuales lo requirió, existiendo prohibición absoluta de someterlo a juzgamiento por otros delitos no considerados en la solicitud de extradición. O, en la hipótesis de extradición para cumplimiento de una sentencia condenatoria penal, consiste en que sólo puede cumplir esa condena y ninguna otra, aunque haya sido dictada por un tribunal competente con anterioridad a la solicitud de extradición. En estos casos estamos frente a una verdadera inmunidad de jurisdicción.

Si el Estado requirente ya ha conseguido que le entreguen a la persona que buscaban para juzgamiento o cumplimiento de condena y desea iniciar un juzgamiento o aplicar una condena por hechos anteriores al pedido original de extradición, debe solicitar al Estado requerido lo que se denomina una **solicitud de ampliación de extradición**, lo que dará origen a una nueva causa de extradición en el requerido.

El CDIP establece esta institución en el artículo 377, en la forma siguiente: *“La persona entregada no podrá ser detenida en prisión ni juzgada por el Estado contratante a quien se le entregue, por un delito distinto del que hubiere motivado la extradición y cometido con anterioridad a la misma, salvo que consienta en ello el Estado requerido, o que permanezca libre en el primero tres meses después de juzgado y absuelto por el delito que originó la extradición o de cumplida la pena de privación de libertad impuesta”.*

La CEM, por su parte, en el artículo XVII letra a) dispone que: *“Concedida la extradición, el Estado requirente se obliga a no procesar ni a castigar al individuo por un delito común cometido con anterioridad al pedido de extradición y que no haya sido incluido en él, a menos que el interesado manifieste expresamente su conformidad”.*

3. Presunción de inocencia

El artículo 8.2 de la CADH exige que: *“toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”*.

Como hemos mencionado más arriba, al referirnos a la naturaleza jurídica del procedimiento de extradición, en caso alguno se resolverá sobre la inocencia o culpabilidad de la persona requerida en este tipo de causas.

La extradición es un antejuicio que busca determinar la concurrencia o no de los requisitos que establecen los tratados y la legislación interna para entregar o no a una persona requerida por otro Estado para su juzgamiento o para el cumplimiento de una condena penal.

Por lo mismo, los tratados de extradición ni siquiera se refieren al tema.

Así, en la hipótesis de juzgamiento, incluso en un sistema como el nuestro, que exige que el tribunal pueda apreciar y valorar en forma directa los antecedentes de la investigación y los medios probatorios aportados por el Estado requirente, no se busca resolver sobre la inocencia o culpabilidad del sujeto.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 4° del CPP, en su Libro I sobre Disposiciones Generales, señala: *“Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”*.

El artículo 449 letra c) del CPP dispone que: *“El tribunal concederá la extradición si estimare comprobada la existencia de las siguientes circunstancias: “...; c) Que de los antecedentes del procedimiento pudiere presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del imputado por los hechos que se le atribuyen”*.

Relacionando el artículo anterior con el 248 del mismo cuerpo legal, llegamos a la conclusión que lo que se exige en Chile es que los antecedentes aportados por los Estados requirentes sean serios, graves y concordantes, que son los que permiten que los fiscales del Ministerio Público puedan presentar acusación al término de sus investigaciones.

Así, la Corte Suprema ha sostenido invariablemente: *“Que, corresponde, por último, analizar si se cumple con el requisito impuesto por la letra c) del citado artículo 449, que exige que de los antecedentes del procedimiento pudiere presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del imputado por los hechos que se le atribuyen. Como es posible advertir de lo ya consignado en la audiencia de juicio, éste es el requisito que, en definitiva, permitirá dilucidar si procede acceder a la extradición del requerido y respecto del cual se centra el debate de autos. Sobre el particular, es menester señalar, en forma previa, que de acuerdo a lo sostenido*

por la jurisprudencia constante de este tribunal, el estándar de ponderación de los antecedentes ha sido asimilado a lo establecido en el artículo 248 del CPP, en su letra b), norma que fija como criterio para que el fiscal proceda a formular acusación, “cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado” (roles 1213-2012; 2427-2010). Lo anterior quiere decir que, si bien no se trata de lograr una plena convicción de que se logrará una condena en contra del requerido en el juicio que con posterioridad se lleve a cabo, los antecedentes disponibles deben proporcionar un fundamento grave, importante, o de consideración, que justifique la entrega del individuo requerido para ser juzgado en la jurisdicción que lo solicita”²⁴.

El CPP ni siquiera exige tener certeza que se deducirá acusación fiscal en el procedimiento, limitándose a la existencia de presunciones que permitan sostener que se “deduciría” acusación fiscal en Chile. Como puede leerse, el legislador chileno utiliza el verbo condicional perfecto pospretérito “deduciría”, y no la conjugación futura del verbo “deducirá”, lo cual confirma que no es necesario tener la certeza que en el futuro se deducirá acusación fiscal en el Estado requirente, gracias a los antecedentes con los cuales se cuenta.

En los procesos de extradición en Chile esta norma del artículo 449 letra c) del CPP es la que usualmente más se discute en las audiencias de juicio y es la que más se invoca para recurrir a la Sala Penal de la Corte Suprema, la Defensa argumentando que los antecedentes aportados por el Estado requirente son insuficientes y el Ministerio Público sosteniendo exactamente lo contrario.

Por el contrario, en las extradiciones que se formulan para el cumplimiento de una sentencia condenatoria, se asume que la persona requerida ya fue encontrada culpable por un tribunal del Estado requirente y, por ende, no se entrará a discutir de nuevo sobre su inocencia o culpabilidad, ni sobre la concurrencia o no de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y tampoco sobre si podría acogerse o no a beneficios de cumplimiento de pena²⁵. Esto por cuanto se exige que la sentencia extranjera se encuentre firme o ejecutoriada y en nuestro país se le asigna pleno valor a las sentencias penales condenatorias extranjeras, como lo dispone expresamente el artículo 13, en relación al artículo 4° del CPP.

4. Derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o un intérprete

El artículo 8.2 de la CADH establece una serie de garantías mínimas para el inculpado durante el proceso. En su letra a) indica el “*derecho del inculpado*

24 Corte Suprema, 23 de noviembre de 2015, Rol N° 3.191-2015.

25 Corte Suprema, 25 de julio de 2017, Rol N° 11.482-2017.

de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal”.

Los tratados de extradición no se refieren a esta garantía. Tampoco lo hace nuestra legislación interna.

Lo más cercano es el artículo V de la CEM, que señala entre los requisitos formales del pedido de extradición, que los documentos fundantes deben ser acompañados “*en el idioma del país requerido*”. Pero nada dice respecto del idioma de la persona requerida.

Sin embargo, podemos citar tres causas de extradición pasiva en las cuales los Ministros Instructores de nuestra Corte Suprema se han visto enfrentados a personas que no hablaban castellano y, sin mencionarlo de manera expresa, han dado cumplimiento a una garantía procesal explícita de la CADH, sin existir una norma interna en el procedimiento de extradiciones ni en los tratados sobre la materia suscritos por Chile. Más aún, en estos casos ni siquiera existía un tratado de extradición bilateral ni multilateral al cual recurrir.

Así ocurrió en la extradición pasiva de un ciudadano ruso que fue requerido por la Federación Rusa para el juzgamiento de delitos de carácter económico. En este caso el Ministro Instructor dispuso que el Ministerio Público ofreciera un intérprete ruso-español, para lo cual se presentó un funcionario de OCN INTERPOL, de la Policía de Investigaciones de Chile, que cumplía dicho requisito²⁶.

Más recientemente, ocurrió en la extradición pasiva de Andreas Kayser, ciudadano alemán que fue requerido por la República Federal de Alemania por un delito de homicidio. El Ministro Instructor dispuso que el Ministerio Público ofreciera un intérprete alemán-español, para lo cual el Ente Persecutor tuvo que contratar, a su costa, a una intérprete profesional²⁷.

Finalmente podemos mencionar la causa de extradición pasiva de Michael Butterwegge, ciudadano alemán que también fue requerido por República Federal de Alemania por otro delito de homicidio. El Ministro Instructor también ordenó al Ministerio Público contar con un intérprete alemán-español, lo cual fue cumplido con un funcionario de OCN INTERPOL, de la Policía de Investigaciones de Chile, que domina ambos idiomas²⁸.

26 Corte Suprema, 10 de diciembre de 2009, Rol N° 7.064-2009.

27 Corte Suprema, 02 de mayo de 2016, Rol N° 37.531-2015.

28 Corte Suprema, 12 de diciembre de 2016, Rol N° 70.803-2016.

5. Comunicación previa y detallada de la acusación formulada

El artículo 8.2 de la CADH establece, entre las garantías mínimas a toda persona, la contenida en su letra b) que impone la necesidad de una “Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada”.

Los tratados de extradición analizados, tanto el CIDP como la CEM, no disponen de normas sobre este tema, pues sólo se refieren a las comunicaciones entre los Estados concernidos, antes, durante y concluido el proceso de extradición.

Nuestra legislación interna sí contiene normas referidas a esta garantía. Así, el artículo 441 del CPP dispone que: “... *Recibidos los antecedentes, se designará al ministro de la Corte Suprema que conocerá en primera instancia de la solicitud de extradición, quien fijará, desde luego, día y hora para la realización de la audiencia a que se refiere el artículo 448 y pondrá la petición y sus antecedentes en conocimiento del representante del Estado requirente y del imputado, a menos que se hubieren solicitado medidas cautelares personales en contra de este último. Si se hubieren pedido tales medidas, el conocimiento de la petición y los antecedentes se suministrará al imputado una vez que las mismas se hubieren decretado*”.

El artículo 448 del mismo cuerpo legal, por su parte, señala que: “*Audiencia en la extradición pasiva. La audiencia será pública, y a su inicio el representante del Estado requirente dará breve cuenta de los antecedentes en que se funda la petición de extradición*”.

Y el artículo 454, que regula la denominada “extradición simplificada”, dispone que: “*Si la persona cuya extradición se requiriere, luego de ser informada acerca de sus derechos a un procedimiento formal de extradición y de la protección que éste le brinda, con asistencia letrada, expresa ante el Ministro de la Corte Suprema que conociere de la causa, su conformidad en ser entregada al Estado solicitante...*”.

Nuevamente tenemos en este caso una suerte de Control de Convencionalidad adjetivo y tácito por parte de la Corte Suprema, por cuanto si bien existen algunas normas en nuestra legislación interna que se refieren a ciertas situaciones posibles de comunicación e información a las personas requeridas en una causa de extradición pasiva, no se cubre con ello todas las hipótesis posibles, en particular las que se refieren a las órdenes de detención o de citación.

Los Ministros Instructores, de manera uniforme, al momento de ordenar a la policía (Policía de Investigaciones de Chile o Carabineros de Chile) la notificación, citación o detención de una persona, señalan expresamente que a los requeridos se les debe intimar, exhibir y proporcionar copia de la resolución misma y de los antecedentes que existieran. Además, disponen la necesidad de dar lectura de derechos e informar sobre su derecho a la

asistencia consular, tratándose en este último caso de ciudadanos extranjeros buscados en extradición.

Y en casos de detención, una vez que las personas han pasado por la audiencia de control de detención ante el Juzgado de Garantía competente, son enviados personalmente ante el Ministro Instructor al día hábil siguiente, en una diligencia sin forma de audiencia, donde se les vuelve a informar sobre las causas de la detención y para verificar el cumplimiento de las garantías procesales mínimas.

6. Derecho a defensa efectiva

El artículo 8.2 de la CADH garantiza, entre las garantías mínimas a toda persona, las contenidas en su letra d), que autoriza el “*Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor*; en su letra e) señala el “*Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor de su elección proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley*”; y en su letra f) el “*Derecho de la defensa a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos*”.

El CDIP y la CEM no se refieren al particular, dejándolo entregado a la legislación interna de cada país.

En nuestro sistema legal, la comparecencia está reservada a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión en nuestro país. En este sentido, está garantizado el derecho de las personas requeridas a designar libremente a un abogado que defienda sus intereses en todas las etapas de los procesos de extradición, con amplísimas facultades. Al igual como lo que ocurre con el resto de los procedimientos penales, en caso que el imputado no tuviere los medios para contratar a un abogado particular, puede utilizar los servicios de un abogado gratuito proporcionado por el Estado a través de la Defensoría Penal Pública. Cabe destacar que para estos efectos existe una Unidad en la Defensoría Penal Pública que provee esta asistencia jurídica a través de abogados que sólo litigan ante la Corte Suprema y que tienen conocimientos y experiencia en materia de extradiciones.

En la mayoría de los casos que se plantean ante nuestra Corte Suprema, las personas requeridas en extradición optan por los servicios de la Defensoría Penal Pública, siendo muy pocos los casos de personas que contratan un abogado particular.

La práctica generalizada indica que presentada una solicitud de detención previa o derechamente de una solicitud de extradición, el Ministro Instructor

designado ordena su inmediata notificación a la Defensoría Penal Pública y al Ministerio Público. Y mientras no se acredite una personería a través de un abogado particular en ambos casos (requerido y requirente), se entiende que son los abogados de estas instituciones públicas los que representarán los intereses de ambas partes, respectivamente.

En cuanto al ejercicio de la Defensa, los Ministros Instructores dan todo tipo de facilidades a los abogados de la Defensa para el correcto y eficaz desempeño de sus labores. Así, se les da tiempo para reunirse privadamente con sus representados, con un intérprete si hablan un idioma diferente, frecuentemente se aceptan las solicitudes de aplazamiento o suspensión de audiencias de todo tipo para permitir que los abogados puedan estudiar adecuadamente el contenido de las causas, suelen explicarle en forma casi pedagógica a los imputados sus derechos al inicio de cada audiencia y de consultar a su abogado cualquier duda que tuvieran, etc.

Como en otros apartados de este trabajo, creemos que se trata también de un Control de Convencionalidad tácito: en efecto, los Ministros Instructores realizan un esfuerzo importante en informar, aclarar y explicar a las personas requeridas sus derechos y garantías en este tipo de procesos, así como de reforzar la figura de sus abogados defensores, sean estos públicos o privados.

En cuanto al examen de los testigos y peritos, es necesario mencionar que éstos no son muy frecuentes en las causas de extradición. En efecto, como se trata de investigaciones o procesos judiciales en curso en otro país, todos los registros de investigación como las pruebas propiamente tales son aportados en soporte escrito por las autoridades de cada país. Además, en estas causas el Ministerio Público tiene mínimas facultades investigativas y sólo respecto de hechos conexos que han tenido lugar en nuestro país.

En estas circunstancias, sólo en unos pocos procesos se ha contado con testigos o peritos, sea que estén presentes físicamente en la audiencia respectiva o a través del sistema de videoconferencia internacional²⁹, sea que los presente el Ministerio Público como representante del Estado requirente o la Defensa.

En una causa reciente, el abogado de la Defensoría Penal Pública solicitó diversas prórrogas de audiencia para permitir que se le practicaran peritajes a su representada, obtuvo que el tribunal los citara judicialmente y finalmente presentó como testigo a la pareja de la persona requerida y a dos peritos: uno que había hecho un peritaje social y otro que practicó un peritaje psicológico forense. En este caso, no sólo los presentó sino que además los interrogó

29 Se ha utilizado videoconferencia internacional en causas de extradición pasiva ante la Corte Suprema, en Roles N° 2.693-2012 (Perú), N° 1.135-2013 (Argentina) y N° 4.477-2014 (Perú).

latamente sobre la metodología aplicada en cada caso y las conclusiones a las que arribaron³⁰.

7. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable

El artículo 8.2 de la CADH enumera, entre las garantías mínimas a toda persona, la contenida en su letra g), que estatuye el “*Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable*”.

Al igual que en otras situaciones de procedimiento, el CDIP y la CEM no se refieren al particular, dejándolo entregado a la legislación interna de cada país.

Y al igual que en otras situaciones de procedimiento, existe una práctica generalizada de los Ministros Instructores que podría constituir **Control de Convencionalidad Tácito**, que en los hechos se constituyen en garantes de los derechos de las personas requeridas en extradición en estos aspectos, haciéndoles ver de manera precisa y clara su derecho a guardar silencio, su derecho a no auto incriminarse y la advertencia que si renuncian a ello y desean prestar declaración, serán necesariamente contra - interrogados por el representante del Ministerio Público.

En las causas de extradición existe un mecanismo denominado “extradición pasiva simplificada”, prevista en la mayor parte de los tratados sobre la materia (entre ellos el CDIP y la CEM) y también en nuestra legislación interna, que permite que el requerido acepte ser entregado al Estado requirente, renunciando al procedimiento ordinario del proceso de extradición. En el CPP se establece que: “*Artículo 454.- Extradición pasiva simplificada. Si la persona cuya extradición se requiriere, luego de ser informada acerca de sus derechos a un procedimiento formal de extradición y de la protección que éste le brinda, con asistencia letrada, expresa ante el Ministro de la Corte Suprema que conociere de la causa, su conformidad en ser entregada al Estado solicitante, el Ministro concederá sin más trámite la extradición...*”.

Ya se ha constituido una práctica habitual que los Ministros Instructores consulten al inicio de las audiencias de extradición a las personas requeridas acerca de si les interesa o no acogerse a este procedimiento. Para ello, explican en detalle la norma aludida y les piden que lo consulten con su abogado defensor, otorgándoles tiempo para ello. En los casos en que esta alternativa es aceptada, los Ministros Instructores les ofrecen más tiempo y reconsiderar

30 Corte Suprema, 08 de junio de 2017, Rol N° 11.482.

la situación, antes de declarar cumplido el trámite y aceptada la extradición de esta forma³¹.

8. Cosa juzgada y litis pendencia

El artículo 8.4 de la CADH garantiza que el *“Inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”*.

Como hemos señalado anteriormente, al explicar que la naturaleza jurídica del procedimiento de extradición, se trata de un “ante juicio” y no de un procedimiento que busque determinar la culpabilidad o inocencia de una persona, entre otras razones por cuanto -de lo contrario- implicaría juzgar dos veces por los mismos hechos a una misma persona: en el país requerido en el proceso de extradición y luego en el Estado requirente en la causa criminal propiamente tal.

Por otra parte, también hemos señalado que el delito debe ser actualmente perseguible en ambos países y ciertamente no lo será si ya ha habido absolución en alguno de ellos.

El CDIP impone una regla aún más garantista que la CADH, puesto que no sólo impide extraditar existiendo Cosa Juzgada, sino que lo amplía a otras hipótesis, como la Litis Pendencia, situación que es perfectamente posible, pues la misma persona puede estar siendo investigada por los mismos hechos en varios países, en particular tratándose de delitos transnacionales o transfronterizos, como por ejemplo la Trata de Personas.

El artículo 358 de este tratado señala que: *“No será concedida la extradición de una persona si la persona reclamada ha sido ya juzgada y puesta en libertad, o ha cumplido la pena, o está pendiente del juicio, en el territorio del Estado requerido, por el mismo delito que motiva la solicitud”*.

El artículo III de la CEM, por su parte, prescribe que: *“El Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición: letra c) Cuando el individuo inculpado haya sido o esté siendo juzgado en el Estado requerido por el hecho que se le imputa y en el cual se funda el pedido de extradición”*.

En nuestro derecho interno, el artículo 1° del CPP, en su inciso segundo, señala que: *“La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”*.

31 Corte Suprema, 21 de septiembre de 2017, Rol N° 19.057-2017; Corte Suprema, 17 de agosto de 2017, Rol N° 21.679-2017.

El CDIP establece una garantía adicional, que es una suerte de Cosa Juzgada en el juicio mismo de extradición: el artículo 381 dispone que: *“Negada la extradición de una persona, no se puede volver a solicitar por el mismo delito”*.

La CEM se refiere en términos similares a esta garantía, en su artículo XII, al señalar que: *“Negada la extradición de un individuo no podrá solicitarse de nuevo por el mismo hecho imputado”*.

9. Derecho al recurso

El artículo 8.2 de la CADH, indica que: *“Toda persona tiene derecho a las siguientes garantías mínimas:... letra h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”*. El artículo 7.6 de la misma Convención, señala que: *“Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueren ilegales”*.

Al respecto, el artículo 368 del CDIP reconoce similar derecho a la persona requerida, al mencionar que: *“El detenido podrá utilizar, en el Estado a que se haga la solicitud de extradición, todos los medios legales concedidos a los nacionales para recobrar su libertad, fundando su ejercicio en las disposiciones de este Código”*. El artículo 369, por su parte, establece que: *“También podrá el detenido, a partir de ese hecho, utilizar los recursos legales que procedan, en el Estado que pida la extradición, contra las calificaciones y resoluciones en que se funde”*.

La CEM, por su parte, en su artículo VIII, autoriza que: *“... El individuo cuya extradición se solicite podrá usar todas las instancias y recursos que aquella legislación autorice”*.

Nuestra legislación interna también reconoce expresamente el Derecho al Recurso en el marco de un proceso de extradición en el CPP, en la forma siguiente: *“Artículo 450.- Recursos en contra de la sentencia que falla la petición de extradición. En contra de la sentencia que se pronunciare sobre la extradición procederán el recurso de apelación y el recurso de nulidad, el que sólo podrá fundarse en una o más de las causales previstas en los artículos 373, letra a), y 374. Corresponderá conocer de estos recursos a la Corte Suprema. En el evento de interponerse ambos recursos, deberán deducirse en forma conjunta en un mismo escrito, uno en subsidio del otro y dentro del plazo previsto para el recurso de apelación. La Corte Suprema conocerá del recurso en conformidad a las reglas generales previstas en este Código para la tramitación de los recursos”*. Es decir, se reconoce expresamente la facultad de recurrir, tanto a la persona requerida como al Estado requirente, en iguales términos, conforme a las reglas generales aplicables a todos las demás causas penales e intervinientes.

En lo que se refiere a la libertad personal y ambulatoria, el mismo cuerpo legal establece también una salvaguarda, en la forma siguiente: *“Artículo 447.*

De la modificación, revocación o sustitución de las medidas cautelares personales. En cualquier estado del procedimiento se podrán modificar, revocar o sustituir las medidas cautelares personales que se hubieren decretado, de acuerdo a las reglas generales, pero el Ministro de la Corte Suprema tomará las medidas que estimare necesarias para evitar la fuga del imputado”.

10. Publicidad del proceso

El artículo 8.5 de la CADH prescribe que *“El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”*.

El CDIP y la CEM no se refieren al particular.

El CPP lo considera al establecer lo siguiente: *“Artículo 448. Audiencia en la extradición pasiva. La audiencia será pública ...”*.

En la práctica, todas las audiencias vinculadas con un proceso de extradición son públicas, permitiéndose el ingreso a la sala de cualquier persona como público. Es frecuente que concurren parientes o amigos de las personas requeridas.

Más aún, en el importante esfuerzo en aras de la transparencia que ha venido desarrollando el Poder Judicial en los últimos años, conjugado con los avances tecnológicos, desde fines de 2016 todas las causas de extradición pasiva se encuentran disponibles a cualquier persona, con solo ingresar al sitio Consulta Unificada de Causas de la Corte Suprema, en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, pudiendo acceder a todas las actuaciones, escritos, recursos y a todas las resoluciones judiciales dictadas en el proceso, con solo indicar al inicio el rol de ingreso a la Corte y el año de inicio. Excepcionalmente, algunas causas de extradición pasiva se mantienen en reserva y no pueden ser examinadas, como por ejemplo aquellas que se refieren a delitos sexuales, con el objeto de proteger la identidad de las víctimas.

11. Derecho a la libertad personal y a no ser privado de ella en forma ilegal o arbitraria

El artículo 7 de la CADH contiene diversas garantías que tienden a proteger el derecho a la libertad personal, imponiendo restricciones y condiciones para las limitaciones que puedan afectar el libre ejercicio de este derecho. En particular, el artículo 7.1 señala que: *“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”*. Y el artículo 7.3 prescribe que: *“Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”*.

Como hemos mencionado antes, el procedimiento de extradición puede constar de dos etapas diferentes, la primera de las cuales es de ejercicio

eventual: a) detención previa o preventiva con fines de extradición; y b) proceso formal de extradición.

La detención previa con fines de extradición, como su nombre lo indica, consiste en una petición de urgencia que formula un Estado para que otro detenga a una persona que es buscada y sobre la cual existe un riesgo o temor importante que pueda volver a darse a la fuga, tan pronto tenga noticia que está siendo buscada. Como en estos casos existe urgencia, los requisitos que se exigen para decretarla son mínimos y prácticamente descansan sobre la existencia de una orden de detención judicial en el Estado requirente. En este sentido, es muy similar a la Euro Orden, con la cual se decreta la detención de una persona con fines de extradición en países de la Unión Europea, en forma casi administrativa, siendo suficiente que un juez competente de alguno de los países haya ordenado la detención.

El CDIP se refiere a esta institución de manera fragmentaria, citando algunos efectos en los artículos 354, 369, 372, 374 y 380.

La CEM, por su parte, incorpora una normativa concreta sobre el tema, al establecer en su artículo X que: *“El Estado requiriente podrá solicitar, por cualquier medio de comunicación, la detención provisional o preventiva de un individuo, siempre que exista a lo menos una orden de detención dictada en su contra y ofrezca pedir oportunamente la extradición. El Estado requerido ordenará la inmediata detención del inculpado. Si dentro de un plazo máximo de dos meses, contados desde la fecha en que se notificó al Estado requiriente el arresto del individuo, no formalizara aquél su pedido de extradición, el detenido será puesto en libertad y no podrá solicitarse de nuevo su extradición sino en la forma establecida por el artículo V”*.

El CPP impone una norma similar al señalar que: *“Artículo 442.- Detención previa. Antes de recibirse la solicitud formal de extradición, el Ministro de la Corte Suprema podrá decretar la detención del imputado, si así se hubiere estipulado en el tratado respectivo o lo requiriere el Estado extranjero mediante una solicitud que contemple las siguientes menciones mínimas: a) La identificación del imputado; b) La existencia de una sentencia condenatoria firme o de una orden restrictiva o privativa de la libertad personal del imputado; c) La calificación del delito que motivare la solicitud, el lugar y la fecha de comisión de aquél, y d) La declaración de que se solicitará formalmente la extradición. La detención previa se decretará por el plazo que determinare el tratado aplicable o, en su defecto, por un máximo de dos meses a contar de la fecha en que el Estado requirente fuere notificado del hecho de haberse producido la detención previa del imputado”*.

A pesar de lo aparentemente taxativo del nombre de esta institución (detención previa) y de las facultades que conceden tanto los tratados internacionales de la materia (entre ellos el CDIP y la CEM), así como nuestra legislación interna, lo cierto es que muchas veces los Ministros Instructores disponen

una medida distinta a una orden de detención y sólo ordenan la citación de la persona requerida, considerando quizá que se trata de delitos menos graves o no violentos.

En los casos en que se han producido audiencias de revisión de medidas cautelares sobre la materia, el Ministerio Público ha instado por la privación de libertad de los requeridos, por aplicación directa de las normas antes citadas, pese a lo cual los Ministros Instructores han mantenido su decisión.

En estos casos estamos frente a un **Control de Convencionalidad** de los Ministros Instructores, también tácito. Se trata de situaciones en que fallan directamente en contra de texto expreso de convenios internacionales y de la ley chilena, pero hacen prevalecer disposiciones contenidas en la CADH.

12. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable

El artículo 8.1 de la CADH dispone que: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable ...”*. El artículo 25 de la misma Convención, por su parte, señala que: *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes ...”*.

En esta materia, los tratados de extradición contienen una serie de plazos que garantizan un proceso rápido y acotado, así como la libertad de las personas requeridas.

Así, el CDIP en su artículo 380, se pone en la hipótesis que una persona fuere detenida o arrestada provisionalmente, estableciendo un límite a la privación de libertad, en términos que: *“El detenido será puesto en libertad, si el Estado requirente no presentase la solicitud de extradición en un plazo razonable dentro del menor tiempo posible, habida cuenta de la distancia y las facilidades de las comunicaciones postales entre los dos países, después del arresto provisional”*.

Por otra parte, en el caso que la extradición hubiere sido acordada por los tribunales del Estado requerido, el Estado requirente debe enviar una comitiva policial que lo vaya a buscar físicamente, para lo cual el CDIP también establece un plazo perentorio, en los términos siguientes: *“Artículo 367. Si el Estado requirente no dispone de la persona reclamada dentro de los tres meses siguientes a haber quedado a sus órdenes, será puesto también en libertad”*.

La CEM, a su vez, en su artículo X se refiere al plazo máximo de detención provisional en los términos siguientes: *“... Si dentro de un plazo máximo de dos meses, contados desde la fecha en que se notificó al Estado requirente el arresto del individuo, no formalizara aquél su pedido de extradición, el detenido será puesto en libertad y no podrá solicitarse de nuevo su extradición sino en la forma...”*.

En el caso que la extradición ya hubiese sido concedida, se fija un plazo incluso más reducido para que trasladen físicamente a la persona requerida, al señalar su artículo XI que: *“Concedida la extradición y puesta la persona reclamada a disposición del agente diplomático del Estado requiriente, si dentro de dos meses contados desde la comunicación en ese sentido no hubiera sido aquella enviada a su destino, será puesta en libertad, no pudiendo ser de nuevo detenida por el mismo motivo. El plazo de dos meses se reducirá a cuarenta días si se tratare de países limítrofes”*.

Nuestro derecho interno, en tanto, contiene diversas normas que tienden hacia un proceso rápido y sencillo, primando el principio de economía procesal y concentración de las audiencias. El artículo 441 dispone que: *“Recibidos los antecedentes, se designará al Ministro de la Corte Suprema ... quien fijará, desde luego, día y hora para la realización de la audiencia ...”*. El artículo 442, referido a la detención previa, señala que: *“La detención previa se decretará por el plazo que determinare el tratado aplicable o, en su defecto, por un máximo de dos meses a contar de la fecha en que el Estado requiriente fuere notificado del hecho de haberse producido la detención previa del imputado”*. El artículo 444 se refiere al ofrecimiento de pruebas a ser introducidas en la audiencia de extradición, las que: *“... la deberán ofrecer con a lo menos tres días de anticipación a la audiencia...”*. El artículo 447, sobre medidas cautelares, establece que: *“... En cualquier estado del procedimiento se podrán modificar, revocar o sustituir las medidas cautelares personales que se hubieren decretado...”*. El artículo 448 regula la ritualidad y contenidos de la audiencia de extradición, que será una sola y concentrará todas las actuaciones del procedimiento. El artículo 449, en su inciso final prescribe que: *“La sentencia correspondiente se dictará por escrito, dentro de quinto día de finalizada la audiencia”*. El artículo 450, permite que se interponga recurso de nulidad y de apelación en contra de la sentencia de extradición, al indicar que: *“... En el evento de interponerse ambos recursos, deberán deducirse en forma conjunta en un mismo escrito, uno en subsidio del otro y dentro del plazo previsto para el recursos de apelación”*. Y el artículo 454, referido al procedimiento de extradición pasiva simplificada, señala que si la persona requerida expresa su consentimiento en ser entregada *“... el Ministro concederá sin más trámite la extradición...”*.

Por otra parte, los recursos de apelación referidos a medidas cautelares sobre la persona requerida, gozan de preferencia y se ubican en los primeros lugares de las tablas agregadas de la Sala Penal de la Corte Suprema, para la vista de la causa.

En la práctica concreta, llegando a la Corte Suprema una petición formal de detención previa, el Ministro Instructor será designado en a lo más 48 horas y dispondrá la medida correspondiente (citación o detención) en no más de las 48 horas siguientes. Una vez formalizado el pedido de extradición y habiendo

comparecido la persona requerida ante el Ministro Instructor, la decisión final de acceder o denegar el pedido suele no exceder de cuatro meses.

13. No aplicación de la pena de muerte

El artículo 4° de la CADH garantiza el Derecho a la Vida y a través de diversas formas limita, restringe y condiciona la aplicación de la pena de muerte.

El CDIP, en su artículo 378, dispone que: *“En ningún caso se impondrá o ejecutará la pena de muerte por el delito que hubiese sido causa de la extradición”*.

La CEM impone la misma garantía en su artículo XVII, al señalar que: *“Concedida la extradición, el Estado requiriente se obliga: letra c) A aplicar al individuo la pena inmediatamente inferior a la pena de muerte, si, según la legislación del país de refugio, no correspondiera aplicarle pena de muerte”*.

Como nuestra legislación interna derogó la pena de muerte para los delitos comunes (salvo situaciones en hipótesis de guerra), no podrá imponerse nunca la aplicación de la pena de muerte a una persona entregada en extradición.

En la práctica, se estima que el Estado requirente, junto a su solicitud formal de extradición, presente una declaración y compromiso formal en el sentido que no aplicará la pena de muerte en caso de ser entregado el sujeto en extradición.

Hay que señalar que tratados de extradición más modernos incluso limitan la posibilidad de aplicar penas efectivas de privación de libertad perpetuas³².

14. Control de Convencionalidad Sustantivo

Hemos identificado una situación concreta de Control de Convencionalidad Sustantiva y expresa en tres causas de extradiciones pasivas, sobre las cuales han recaído sendas sentencias de parte de los Ministros Instructores, todas ellas denegando las solicitudes de Estados extranjeros.

Se ha tratado de causas en las cuales uno de los padres trae a Chile a sus hijos, impidiéndole al otro el ejercicio de su derecho de visitas por encontrarse en otro país. Los delitos que se han imputado en estos casos dicen relación con el Desacato o el incumplimiento de resoluciones judiciales provenientes

32 Así, el artículo 13 del Tratado de Extradición del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile, adoptado en 1998, prohíbe la aplicación de la pena de muerte y de las penas privativas de libertad a perpetuidad, entre sus signatarios.

de juzgados de familia o equivalentes, que han fijado esos derechos de visita o que han permitido una ausencia temporal del país de origen.

En términos estrictos, creemos que se utiliza erróneamente el mecanismo de extradición, que está destinado a perseguir a personas que cometen delitos y a evitar la impunidad de los mismos, buscando la entrega del imputado. En estos casos, lo realmente importante es el efecto secundario, esto es, que a consecuencia de la entrega de una persona (su padre o madre), se deba devolver el hijo con ella.

Así, en dos casos solicitados por el Reino de España y en uno solicitado por la República Francesa, los Ministros Instructores no argumentaron mayormente sobre los fundamentos propios de una causa de extradición, rechazando la entrega de los requeridos en virtud de tratados de Derechos Humanos, básicamente la Convención de Derechos de Niño y en un caso además por la Convención de Belem do Pará.

En la sentencia de una de las causas solicitadas por España, en el Considerando Décimo Séptimo, se indicó que: “... *debiendo tenerse presente en particular consideración el ámbito familiar en que se sitúa la infracción imputada y la protección del interés superior del niño, hijo del requerido, el que debe ser atendido a todo evento, por estricto imperativo legal*”³³.

En la otra extradición requerida por España, en su considerando Décimo Quinto, se sostiene que: “debiendo tenerse en particular consideración el ámbito familiar en que se sitúa la infracción imputada y la protección del interés superior del menor, el que debe ser atendido por estricto imperativo legal...”³⁴.

Por último, en la causa más reciente, requerida por la República Francesa, el considerando Décimo sostiene: “por el imperativo de respetar las normas protectoras del derecho internacional relativas a los niños, niñas y adolescentes y aquellas que protegen a las mujeres -la requerida y sus hijas- contra la violencia, cuestión esta última que pesa en contra del padre solicitante”³⁵.

En estas tres causas el Ministerio Público no presentó recurso alguno en contra de las resoluciones que denegaron las solicitudes de extradición, por cuanto se consideró que por principio de objetividad no era sostenible insistir en la persecución penal, así como por tratarse de situaciones de interés más familiar que penal, que tienen una forma de solución alternativa a través de la Convención Internacional de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

33 Corte Suprema, 22 de marzo de 2011, Rol N° 2.427-2010.

34 Corte Suprema, 01 de noviembre de 2011, Rol N° 6.746-2011.

35 Corte Suprema, 11 de abril de 2016, Rol N° 17.976-2016.

E) Control de Convencionalidad por parte del Ministerio Público en causas de extradición pasiva. Propuestas y Mecanismos de Seguimiento

No existe al interior del Ministerio Público una norma o instrucción expresa referida al Control de Convencionalidad en estas materias.

El Oficio FN N° 0658, de 5 de septiembre de 2014, que imparte los criterios generales de actuación del Ministerio Público en actuaciones y diligencias de carácter internacional, no hace mención alguna a esta materia.

Lo que sí se expresa de manera clara y precisa son los deberes que imponen los Principios de Legalidad y de Objetividad, consagrados en el artículo 3° de la Ley 19.640, orgánica constitucional del Ministerio Público, que señala: “*En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenuen*”.

Una norma similar se consagra expresamente CPP, en su artículo 443 al disponer: “*Representación del Estado requirente. El ministerio público representará el interés del Estado requirente en el procedimiento de extradición pasiva, lo que no obstará al cumplimiento de lo dispuesto en su ley orgánica constitucional*”, y también en el artículo 448 al señalar: “*Audiencia en la extradición pasiva. La audiencia será pública, y a su inicio el representante del Estado requirente dará breve cuenta de los antecedentes en que se funda la petición de extradición. Si fuere el ministerio público, hará saber también los hechos y circunstancias que obraren en beneficio del imputado*”.

En función del principio de objetividad y del principio de legalidad, en prácticamente todos los apartados señalados anteriormente, los abogados del Ministerio Público ejercen un rol de garantía de los derechos de las personas requeridas y de las víctimas, así como del Debido Proceso Legal, respaldando las decisiones de los Ministros Instructores en estos aspectos, instando para que se apliquen esas garantías e incluso anticipándose a las solicitudes de la Defensa, con el objeto de asegurar que el proceso de extradición cumpla todas y cada una de las garantías mínimas que establecen los tratados internacionales y la legislación chilena.

Particular relevancia tienen las decisiones sobre la presentación o no de recursos procesales en contra de resoluciones judiciales contrarias a los intereses que representan y que han sido sostenidas en estrados, las cuales no se hacen en forma automática, sino tras un proceso de deliberación interna, respetando por cierto el principio jerárquico institucional.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN DERECHOS HUMANOS,
VIOLENCIA DE GÉNERO Y
DELITOS SEXUALES

ORIENTACIONES SOBRE LA EVALUACIÓN PERICIAL DE TESTIMONIO

*Sofía Huerta Castro*¹

“las máximas de la experiencia, permiten señalar que en efecto, el curso de estos delitos, por lo general, no se compadece con la razonabilidad cotidiana de las cosas (...) los delitos de marras, en sí mismos presentan un reto para la razón, pues desafían cánones de conductas esperables de los sujetos que integran la sociedad y que ocupan cargos al interior de ella, llegando en algunos casos a erigirse en atentados contra natura (...) en muchos casos los victimarios eligen para cometer los ilícitos el que parece el peor escenario, aun cuando no aparece descabellado plantearse que ese entorno sea elegido por ser el peor para el ofendido”.
(RUC 1401093802-4; Temuco 24/05/2016)

Presentación

La prueba pericial de evaluación de testimonio ha tenido una importante evolución en el último tiempo, principalmente a partir de la investigación realizada en este ámbito, y al ejercicio y desarrollo de los equipos pertenecientes a las instituciones periciales. Al respecto una de las principales características del método científico es que permite que el conocimiento progrese en forma permanente. Es en este contexto que la especialidad de la Psicología Forense no está exenta del constante perfeccionamiento de sus métodos que permitan acceder, de manera cada vez más válida y rigurosa, a su objeto de estudio.

Cabe señalar que en nuestro país, la anterior publicación, en el año 2008, del Libro “Evaluación Pericial Psicológica de Credibilidad de Testimonio”, documento de trabajo interinstitucional, se hizo cargo de la discusión científica, a esa fecha, sobre el tema, y contribuyó a la generación de estándares de validación de la metodología usada por los profesionales peritos convocados a contribuir en la persecución penal y la administración de justicia.

Transcurridos varios años desde dicho trabajo, y debido a los avances en la materia, resulta necesario actualizar y unificar criterios conceptuales y metodológicos para la adecuada respuesta pericial. Por lo anterior, el Ministerio Público convocó a una Mesa Interinstitucional de Evaluación Pericial de Testimonio, en la cual participaron representantes del Servicio

1 Psicóloga de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

Nacional de Menores, el Servicio Médico Legal, Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones de Chile, Corporación OPCION y la Fundación Consejo de Defensa del Niño (CODENI).

En este artículo se abordan, de manera preliminar, algunas de las temáticas trabajadas en dicha Mesa de Trabajo, las que serán tratadas en profundidad en una próxima publicación sobre la materia.

La Prueba Pericial de Evaluación de Testimonio

Existen delitos que revisten mayor dificultad probatoria que otros, entre los que se encuentran, probablemente con mayor presencia, los delitos sexuales. Esta dificultad está principalmente asociada a que en un porcentaje muy menor de estos casos existe evidencia física, tanto en la víctima como en el sitio del suceso, que dé cuenta de la comisión del delito, son delitos que no se cometen en presencia de testigos y, además, en una gran mayoría, afectan a víctimas niñas, niños o adolescentes que, muchas veces, mantienen un vínculo de dependencia con el agresor.

Es por lo anterior que, en muchas ocasiones, la prueba pericial de testimonio constituye un elemento probatorio relevante en el curso del proceso de investigación, y puede ser un aporte fundamental a la decisión del Tribunal en la medida que provee elementos de convicción que pueden servir de apoyo al pronunciamiento de una sentencia.

Psicología del testimonio: objeto y método

El estudio de las declaraciones dentro del ámbito penal se sitúa en la psicología forense y del testimonio².

En la Psicología del Testimonio existen dos áreas centrales de estudio, la “exactitud” y la “credibilidad”. La primera, comprende el conocimiento de aquellas funciones psico-neurológicas, básicas y superiores, que impactan en la calidad de las declaraciones y las identificaciones por parte de los testigos presenciales, entre las cuales están el lenguaje, la memoria, la atención, la orientación espacio-temporal y la percepción; desde ahí se derivan, como objeto de estudio, los procedimientos de obtención de las declaraciones, los procesos de identificación, los análisis acerca de las diferencias individuales entre los testigos, de las posibles influencias en los procesos perceptivos que intervienen en la interpretación de la información, de la existencia o no de falsas memorias, de la influencia de las condiciones atencionales en los

2 JUÁREZ, Josep Ramon. *La credibilidad del testimonio infantil ante supuestos de abuso sexual: indicadores psicosociales*. Tesis Doctoral. Universidad de Girona, España, 2004.

procesos de codificación y de otros factores de retención y recuperación³. La segunda, el estudio de la “credibilidad”, se relaciona con el análisis de la discriminación del origen de la información aportada por los testigos, para establecer si ésta ha sido perceptiva y real o, en cambio, sugerida, imaginada o falseada⁴⁻⁵. Por tanto, la Psicología del Testimonio constituye el conjunto de conocimientos y procedimientos psicológicos que permiten evaluar, tanto la exactitud y fiabilidad de las declaraciones de testigos, víctimas y sospechosos, como su credibilidad⁶, entendiendo como testimonio al relato de memoria que un testigo realiza sobre hechos previamente presenciados⁷, pudiendo agregar, en un sentido más amplio, hechos vividos.

Respecto a la credibilidad de testimonio, el desarrollo de los procedimientos para su valoración, se asienta en la hipótesis del psicólogo alemán Udo Undeutsch (1967, 1989)⁸, sobre la que se han construido diversas metodologías. Esta hipótesis establece que “las memorias de un hecho auto-experimentado difieren en contenido y calidad de las memorias fabricadas o imaginadas”⁹. Arce señala que esta hipótesis “se ha convertido en el eje central sobre el que pivotan las pruebas con verdadero valor probatorio en la Sala de Justicia”¹⁰.

Las evaluaciones periciales de testimonio han destacado por sobre otros métodos, que se han desestimado por su bajo valor probatorio, asociado al porcentaje de error y a la alta probabilidad de falsos positivos y negativos, pruebas que, por sí mismas, no son capaces de constituirse como evidencia, como es el caso del uso del juicio subjetivo, de las técnicas de examinación psico-fisiológica (polígrafo), las técnicas proyectivas y lúdicas (dibujos, uso

3 MANZANERO, Antonio y GONZÁLEZ, José Luis. *Avances en Psicología del Testimonio*. Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2013.

4 MANZANERO y GONZÁLEZ, ob. cit.

5 QUEREJETA, Luis Miguel. “Validez y Credibilidad del Testimonio. La psicología forense experimental”. En: Eguzkilore. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N°13, San Sebastián, Diciembre 1999, 157 - 168.

6 CLEMENTE, Miguel (coord.). *Fundamentos de la Psicología Jurídica*. España, Ed. Pirámide, 1998.

7 QUEREJETA, ob. cit.

8 ARCE, Ramón. “Evaluación psicológico forense del engaño: hechos y palabrería”. En: *VIII Congreso Internacional de Psicología Jurídica y Forense*, Santiago de Compostela, Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense, Octubre 2014.

9 AMADO, Bárbara, ARCE, Ramón y FARIÑA, Francisca. “Undeutsch hypothesis and Criteria Based Content Analysis: A meta-analytic review”. En: *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, N° 7, Madrid, 2015, p. 3.

10 ARCE, ob. cit.

de muñecos), la sintomatología y el reporte y/u observación de la conducta o signos no verbales, las que arrojan tasas bajas de correcta detección¹¹⁻¹².

Cabe indicar que, si bien el desarrollo de las metodologías de análisis de la validez de los testimonios surge al alero de las investigaciones sobre delitos sexuales en contra de víctimas infantiles, en respuesta a la ausencia habitual de testigos y otros medios de prueba, algunos autores han planteado la ampliación de su uso a otros delitos y rangos etarios¹³⁻¹⁴⁻¹⁵, indicando que la hipótesis de Undeutsch subyacente no se limita a los niños ni a las agresiones sexuales. Esto último, considerando que tanto testigos infantiles como adultos pueden presentar particularidades que complejizan la valoración de sus declaraciones por parte de la judicatura, ya sea asociadas a sus características evolutivas en el caso de los primeros, o a la relación entre sus competencias y la calidad del testimonio en los segundos, siendo la psicología del testimonio de amplia utilidad como ciencia auxiliar¹⁶. Otros indican, por el contrario, que, en el caso de los adultos, la participación del psicólogo forense puede ser útil al tribunal para detectar alguna psicopatología que pueda afectar la capacidad testifical del sujeto en cuestión, sin embargo, las metodologías de análisis de credibilidad basados en el contenido de las declaraciones no serían extrapolables a otros campos de la victimización infanto-juvenil o adulta¹⁷. En cualquier caso, las metodologías referidas, se encuentran en permanente desarrollo metodológico e investigativo -algunas con mayor acopio de evidencia que otras- con la finalidad de incrementar los estándares de validez y fiabilidad, así como de valorar la eficacia de su uso.

En la actualidad, la pericia testimonial tiene valor como prueba en muchos tribunales del mundo. En España, un análisis de sentencias penales realizado

-
- 11 STELLER, Max y BÖHM, Claudia. “Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Supremo Alemán sobre la Psicología del Testimonio. Balance y Perspectiva”. En: FABIAN, Thomas, BÖHM, Claudia y ROMERO, Juan (Eds.), *Nuevos caminos y conceptos en la Psicología Jurídica*, Berlín, Alemania, Lit Verlag, 2006.
 - 12 KÖHNKEN, Günther. “Anomalías en la conducta como indicadores del abuso sexual infantil crónico o puntual?”. En: FABIAN, Thomas, BÖHM, Claudia y ROMERO, Juan (Eds.), *Nuevos caminos y conceptos en la Psicología Jurídica*, Berlín, Alemania, Lit Verlag, 2006.
 - 13 VRIJ, Aldert. “Criteria-Based Content Analysis. A Qualitative Review of the First 37 Studies. Psychology”. En: *Public Policy, and Law*. Vol. 11, N°I, 2005, págs. 3-41.
 - 14 AMADO, ARCE y FARIÑA, ob. cit.
 - 15 ARCE, Ramón; FARIÑA, Francisca y VILARIÑO, Manuel. “Contraste de la efectividad del CBCA en la Evaluación de la Credibilidad en Casos de Violencia de Género”. En: *Intervención Psicosocial*, Vol. 19, N°2, Madrid, 2010, págs. 109 – 119.
 - 16 STELLER y BÖHM, ob. cit.
 - 17 MANZANERO, Antonio y MUÑOZ, José Manuel. *La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio. Reflexiones psico-legales*, Madrid, SEPIN, 2011.

por Novo y Seijo (2010), mostró que la prueba pericial de análisis de la realidad del testimonio era la única prueba pericial en la que se apoyaban jueces y tribunales españoles en el 33% de los casos. En este estudio, cuando un informe psicológico forense basado en un sistema categorial de análisis de contenido (en este caso el SVA) confirmaba la credibilidad de un testimonio, la tasa de condena fue 93,3% pero, al no hacerlo, la tasa de absoluciones fue del 100%¹⁸. Arce¹⁹ indica, criticando la actuación del tribunal, que “la prueba psicológica no sólo es jurisprudencialmente válida, sino que dicha validez otorgada es universal, resuelve el caso”. En la jurisprudencia alemana, por su parte, el uso del análisis de la calidad de una declaración mediante criterios específicos se valora como el único método evaluativo de credibilidad con suficiente base científica, cuando la declaración no constituye la base principal de una condena o cuando la condena no se apoya en otras pruebas²⁰. Fenómeno similar ocurre en otros tribunales europeos, además del alemán, como es el caso de Suecia, Holanda, España y en algunas cortes norteamericanas²¹.

Esta valoración positiva, que se presenta en los países indicados, no es tal en la mayoría del mundo anglosajón, especialmente en países como el Reino Unido, Canadá y gran parte de los Estados Unidos, en los que estas metodologías no son admitidas como pruebas válidas legalmente para la valoración testimonial²². La crítica se dirige, especialmente, a la prueba de credibilidad, específicamente al Statement Validity Assessment (SVA), por considerar que carece de un estándar suficiente en términos de evidencia favorable que lo sustente.

Cabe indicar que la mayor parte de los estudios y meta-estudios que lo desestiman como prueba, lo hacen considerando el Criterial Based Content Analysis (CBCA), -conformado por un listado de criterios para el análisis cualitativo de testimonios infantiles sobre agresión sexual-, a partir de estudios realizados artificialmente o de laboratorio²³⁻²⁴.

18 AMADO, ARCE y FARIÑA, ob. cit.

19 ARCE, ob. cit.

20 STELLER y BÖHM, ob. cit.

21 VRIJ, ob. cit.

22 VRIJ, ob. cit.

23 VRIJ, ob. cit.

24 GODOY-CERVERA, Verónica e HIGUERAS, Lorenzo. “El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio”. En: *Papeles del Psicólogo*, Vol. 26, 2005, 92 - 98.

Contexto Nacional

En lo que se refiere al desarrollo de la Psicología del Testimonio en nuestro país, la evolución de la disciplina ha seguido un curso en que la ciencia y la práctica no siempre han tenido un desarrollo paralelo, pero en el que, especialmente en los últimos años, los esfuerzos se han orientado a hacer estos caminos más coincidentes.

Al respecto, Navarro²⁵ identifica una fuerte conexión entre la práctica profesional en los últimos veinte años, y las demandas del sistema legal en la evaluación de víctimas infantiles de delitos sexuales, indicando que el motor de este proceso de cambio han sido los requerimientos del sistema jurídico y no necesariamente la evidencia científica en este ámbito.

La investigadora realiza una revisión histórica del proceso seguido en Chile en el que identifica una baja atribución de importancia al testimonio de los niños previo a los años '90, y un período posterior en que se da un valor predominante a la evaluación psicológica, a través de informes que se basaban en enfoques clínicos de médicos y psicoterapeutas que evaluaban síntomas como evidencia del trauma²⁶. A mediados de los años '90 algunos jueces comenzaron a solicitar evaluaciones de veracidad del testimonio de víctimas infantiles. En esta etapa la pregunta era sobre el testimonio, su calidad y valor como prueba. En esa época, se recibió la influencia de la Psicología Alemana del Testimonio, mediada por países de habla hispana como España, Argentina y México, que fueron fuertemente permeados, antes que Chile, por el desarrollo del CBCA y el SVA²⁷.

El año 2000, con la reforma al proceso penal en Chile, las evaluaciones periciales en el ámbito de la psicología del testimonio, particularmente tratándose de delitos sexuales en contra de víctimas infantiles, se transformaron en recursos considerados relevantes, y a veces hasta imprescindibles, para el esclarecimiento de los hechos, lo anterior enmarcado en una concepción de la infancia desde una perspectiva defectual, que alude a una competencia cognitiva limitada, una tendencia a la sugestibilidad, y dificultades en la diferenciación fantasía-realidad por parte de niños, niñas y adolescentes. Así, la evaluación de credibilidad se convirtió en una diligencia casi obligada en las investigaciones sobre delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes. “El testimonio pasó a ser considerado una prueba muy compleja

25 NAVARRO, Carolina. “The Role of the Academia in the Chilean Process of Change on Interviewing child victims: Connecting science and practice. *8th Annual iIRG Conference and Masterclass, Geelong*, Melbourne, Australia, 2015.

26 NAVARRO, ob. cit.

27 NAVARRO, ob. cit.

que requería ser analizada y aún interpretada por expertos que intermediaban entre el niño y la valoración de los jueces”²⁸. El incremento exponencial en esta demanda, y la limitada formación y especialización de los equipos a cargo de estas tareas, llevó al desarrollo de prácticas acrílicas y la asunción de postulados incorrectos o una interpretación errónea de las limitaciones de la herramienta, como el uso de puntajes como indicador del nivel de credibilidad de un testimonio, con el consiguiente establecimiento de estándares errados²⁹.

Actualmente, asistimos a un proceso de cuestionamiento y revisión, en nuestro país, frente al excesivo uso de este tipo de evaluaciones periciales, la incorrecta comprensión o aplicación de las metodologías y, también, acerca de la validez y validación de éstas. En este escenario, y desde hace varios años, se ha incorporado, por parte de la defensa, prueba pericial que se ha centrado en el análisis y crítica de las pericias psicológicas y psiquiátricas que presenta el ente persecutor, especialmente en el caso de juicios orales por delitos sexuales, pronunciándose principalmente sobre su idoneidad técnica. A este tipo de actuaciones se les ha denominado metaperitajes, dado su nivel lógico de análisis, es decir, una pericia sobre una pericia³⁰. De esta manera los metaperitajes se solicitan, en general, para pronunciarse sobre la evaluación pericial de credibilidad y daño, y han tenido como objetivo evidenciar una supuesta falta de rigurosidad científica y metodológica en las evaluaciones forenses e informes periciales de quienes han elaborado los peritajes solicitados por el Ministerio Público³¹.

Pero este cuestionamiento no se queda allí y trasciende, como ya se indicó, al cuestionamiento de los niños como testigos fiables, aduciendo a los procesos de memoria y sus limitaciones, a las limitaciones en su narrativa, que les dificultan comunicar sus vivencias con precisión y en detalle, unidas a una supuesta tendencia a la sugestionabilidad y problemas, en algunas edades, para distinguir la fantasía de la realidad, elementos todos que han contribuido a generar dudas respecto de la credibilidad de estos testigos invalidando sus

28 NAVARRO, ob. cit.

29 NAVARRO, ob. cit.

30 HUERTA, Sofía y MAFFIOLETTI, Francisco. “Acerca del valor de los llamados metaperitajes sobre evaluaciones periciales psicológicas a víctimas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°41, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2009.

31 HUERTA, Sofía. “Resultados de la actualización de estudio sobre metaperitajes realizados por la defensa a informes psicológicos y psiquiátricos de evaluación pericial de credibilidad de testimonio y evaluación pericial de daño, presentados por el Ministerio Público en audiencias de juicio oral los años 2010-2011”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°54, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013.

reportes, tanto en los juicios como fuera de éstos³². A este respecto Lamb, Sternberg, y Esplin³³ indican que el carácter contradictorio del contexto en el que se discuten los hallazgos que documentan sobre las supuestas deficiencias o capacidades de los niños, los que muchas veces se presentan selectivamente, ha obstaculizado los avances en la comprensión acerca de la competencia y la credibilidad de los niños. Indican, además, que las investigaciones al respecto han tendido a enfocarse en temas que han sido tradicionalmente de interés de los investigadores policiales y de los psicólogos experimentales, pero que pueden tener relevancia cuestionable en los casos de agresiones sexuales a los que se generalizan, más tarde, sus resultados³⁴.

Junto a lo anterior se debe considerar que los juicios por delitos sexuales se realizan dos años, o incluso más, después de la denuncia. Durante este tiempo los niños han sido entrevistados muchas veces, habitualmente sin la conciencia del efecto negativo que tiene en su testimonio el tipo de preguntas realizadas. Además, después de dos años, o más, muchos de los niños no están dispuestos a colaborar con una diligencia que les genera ansiedad y estrés. Como consecuencia de esto, en la mayoría de los casos los jueces se enfrentan a la difícil tarea de tomar decisiones basadas en un muy pobre testimonio en cuanto a su calidad³⁵, lo que se agudiza en el caso de los niños más pequeños. De acuerdo a Navarro, en este contexto tiene sentido que el tribunal requiera el apoyo de expertos para valorar la evidencia que se le presenta³⁶.

No puede dejar de destacarse, además, que existen en este ámbito cuestiones técnicas que escapan al dominio del derecho, más aun considerando las eventuales limitaciones en la especialización de jueces, fiscales, defensores y policías que participan en la investigación y juzgamiento de delitos sexuales, por lo que, bajo ciertas circunstancias, se debe recurrir a especialistas para que ilustren respecto de conocimientos disciplinarios propios de la psicología del desarrollo, la psicopatología, el psicodiagnóstico, la psicología del testimonio,

32 HUERTA, Sofía y MUÑOZ, Patricia. “Valoración del testimonio de preescolares en el proceso judicial”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°64, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2015.

33 LAMB, Michael; STERNBERG, Kathleen y ESPLIN, Phillip. “Factors influencing the reliability and validity of statements made by young victims of sexual maltreatment”. En: *Journal of applied developmental psychology*, 15, 1994, págs. 255-280.

34 Indican que, por ejemplo, muchos estudios sobre la competencia y capacidades de los niños incluyen la identificación en ruedas diseñadas para evaluar la habilidad para identificar sospechosos, a pesar de que los estudios de laboratorio que requieren el reconocimiento de fotografías revelan poca precisión en todas las edades, y la identificación de los acusados en audiencias de juicio tienen un alcance limitado por el hecho de que la mayoría de éstos son conocidos por sus víctimas.

35 NAVARRO, ob. cit.

36 NAVARRO, ob. cit.

la fenomenología de las agresiones sexuales, entre otras. En este contexto, el perito es alguien que comparece al juicio para aportar conocimiento experto que se encuentra más allá del conocimiento del juzgador y que es considerado necesario para decidir el caso. “Desde este punto de vista, la presentación de un perito a juicio sólo se justifica cuando el tribunal por sí solo no estaría en condiciones de apreciar un hecho o circunstancia del caso, ya sea debido a que se encuentra fuera de la experiencia común, fuera de su conocimiento o no es susceptible de ser comprendido con claridad sin la ayuda de un especialista”³⁷.

La demanda del sistema penal a la disciplina psicológica, y a los profesionales que se desempeñan en el ámbito forense, significa, necesariamente, una permanente revisión de las metodologías utilizadas frente a los requerimientos de este sistema, la necesidad de una postura crítica frente a éstas y el conocimiento cabal de la evidencia científica que las avala, sus limitaciones, así como su aplicación rigurosa. Lo anterior se sustenta en el imperativo de no trasladar a las víctimas el peso de falencias técnico-metodológicas en la evaluación pericial, que llevan a restarle valor científico a la misma y, consecuentemente, a la credibilidad de su relato.

A este respecto, en los últimos años, se han registrado importantes avances para el desarrollo científico y aplicado del área. Las Universidades han contribuido en esta línea, a través de programas de postgrado en formación forense, así como en el desarrollo de investigaciones que han significado un importante aporte a la disciplina, brindando sustento teórico y generando un corpus científico que ha favorecido su evolución. En forma paralela, se ha vuelto cada vez más habitual la visita de expertos internacionales en el área gracias a la realización de seminarios y actividades de formación organizadas por instituciones que cumplen una función en este ámbito, en conjunto con universidades y fundaciones.

La consideración del enfoque de derechos en la evaluación pericial de testimonio

Existen distintos instrumentos internacionales que entregan directrices para velar por los intereses, en los procesos judiciales, de las niñas, niños, adolescentes y adultos³⁸. Entre estas directrices destacan las referidas a la necesidad de crear conciencia acerca del impacto que tiene la participación

37 DUCE, Mauricio. “La prueba pericial y su admisibilidad a juicio oral en el nuevo proceso penal”. En: *Revista de Ciencias Penales Iter Criminis*, N° 5, México, 2006, p. 20.

38 Convención sobre los Derechos del Niño, Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, entre otros.

de los niños, niñas, adolescentes y adultos víctimas y testigos en los procesos de justicia, y la necesidad de reconocer los factores vinculados al proceso legal que influyen directamente en su bienestar. Estas directrices deben ser consideradas, ineludiblemente, tanto en el proceso de investigación de los delitos, en el contexto forense, en el proceso judicial propiamente tal, así como también en aquellas acciones que se despliegan con posterioridad a su término. El respeto y la protección de los derechos humanos de la víctima -niños, niñas, adolescentes y adultos-, dentro del proceso judicial son especialmente relevantes. A este respecto, junto con el daño directo ocasionado por el delito, en muchas ocasiones la víctima debe sufrir la victimización secundaria derivada de la relación posterior que se establece entre ella y el aparato judicial y de protección de derechos.

Por ello es de fundamental importancia que, durante todo el proceso, la víctima sea tratada de modo tal que se respeten sus derechos y su dignidad y que se adopten las medidas necesarias para que goce de una consideración y atención especial con el fin de garantizar su bienestar a lo largo de todo el proceso de justicia, evitando que se produzca a su respecto un nuevo trauma, cuestión que es relevada por la normativa internacional y que establece la necesidad de que los Estados adopten mecanismos de protección que garanticen y aseguren los derechos de las víctimas, evitando su revictimización³⁹.

Considerar al niño, niña o adolescente, y al adulto víctima de agresión sexual, como sujeto de derechos en el procedimiento penal y judicial, significa reconocer y hacer valer el ejercicio de sus derechos en todas y cada una de las acciones y momentos del proceso. Particularmente en el caso de la infancia, *“La protección y el bienestar de la NNyA deben ser asumidos como el valor primordial a alcanzar a lo largo de todo el proceso. En consonancia, el trabajo y la capacitación de todos los funcionarios y operadores dentro del sistema de protección y el Poder Judicial con injerencia en la problemática deben estar orientados a minimizar el estrés experimentado por la NNyA, a la vez que se maximizan las oportunidades de obtener pruebas válidas, confiables y de alta calidad. Este principio general supone el respeto y garantía de otros principios y derechos que deben ser tenidos en cuenta durante todo el abordaje de la NNyA”*⁴⁰.

39 JUNTA FEDERAL DE CORTES Y SUPERIORES TRIBUNALES DE JUSTICIA (JUFEJUS), ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) y FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF). *Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as y adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso*. Buenos Aires, Argentina, publicación institucional, 2013.

40 JUFEJUS, ADC y UNICEF, ob. cit., p. 14.

- a. **Interés superior del niño:** en todo momento deben tenerse primordialmente en cuenta los intereses de los NNyA. También debe atenderse a sus opiniones y visiones dentro del proceso respetándose su dignidad, igualdad y libertad.
- b. **Derecho a un trato digno:** los NNyA deben ser siempre tratados con cuidado y sensibilidad, teniendo en cuenta para cualquier tipo de intervención su situación personal, sus necesidades, su edad, grado de madurez, etc.
- c. **Protección de la salud:** en todos los casos se debe priorizar el cuidado, respeto y protección del NNyA, garantizando el más alto nivel posible de salud física y psíquica y el acceso a servicios de tratamiento integral.
- d. **Evitar la revictimización:** los NNyA deben ser tratados con dignidad y respeto. Debe limitarse al mínimo toda injerencia en su vida privada y cantidad de intervenciones a la que sean expuestos, asegurando así que no se realicen intervenciones innecesarias.
- e. **Derecho a la seguridad:** se deben adoptar todas las medidas de protección necesarias para garantizar la integridad física y psíquica de NNyA, durante y después del proceso judicial, lo que supone que se tomen medidas que tiendan a proteger a NNyA de la revictimización, venganza, intimidación o amenazas, así como también de todo perjuicio que pueda causarle el proceso de justicia.
- f. **Derecho a la privacidad:** toda información relativa a la participación de NNyA en el proceso debe ser protegida, asegurándose la confidencialidad y restringiendo la divulgación de cualquier información que permita su identificación o utilización para fines inapropiados⁴¹.

De los anteriores principios y derechos derivan, necesariamente, consideraciones específicas que se deben tener en cuenta en la evaluación pericial de testimonio. Algunas de estas consideraciones son las siguientes:

- La entrevista pericial debe realizarse en un ambiente diseñado especialmente para este fin, procurando que el periciado/a se sienta cómodo/a, que no se registren interrupciones y que pueda garantizarse privacidad.
- Que la sala de espera sea acorde a la situación de evaluación y que se reduzca al mínimo posible el tiempo de espera hasta el examen.
- La evaluación pericial tiene que considerar la edad, el desarrollo cognitivo y el contexto sociocultural en que viven los NNA y adultos, y adecuarse a estas condiciones.

41 JUFEJUS, ADC y UNICEF, ob. cit., págs. 14 y 15.

- La evaluación pericial de testimonio debe realizarse por un profesional especialmente capacitado y se debe disponer la videograbación de las entrevistas periciales realizadas. En caso de no ser posible dicha videograbación, se debe asegurar el registro textual, en audio, de toda la intervención pericial. Lo anterior permitirá garantizar la obtención de prueba válida, de calidad y relevante a los fines de la investigación.
- Se debe utilizar una metodología de evaluación forense con los más altos estándares de rigurosidad, validez y confiabilidad, elegida especialmente atendido el grupo etario al que pertenezca el peritado y, si corresponde, atendiendo específicamente a sus necesidades especiales.
- Se debe asegurar el conocimiento y la comprensión por parte de los NNA y adultos víctimas, y de sus familias, del motivo de la evaluación pericial, las condiciones de confidencialidad de la misma y las acciones posibles que seguirán luego de dicha evaluación.
- Se debe cautelar que el NNA o adulto víctima, se vea expuesto al mínimo de entrevistas para la evaluación del testimonio acerca de la situación abusiva y en un contexto respetuoso de las condiciones necesarias para asegurar su bienestar y protección.
- En caso que la defensa quiera contar con un perito de parte para controlar la evaluación pericial, se debe realizar sin que esto interfiera con el normal desarrollo de la evaluación, ya sea a través de circuito cerrado de televisión o mediante cámara Gesell.
- Se debe determinar, tanto ética como técnicamente, si el NNA está en condiciones de participar de una entrevista pericial o si, por ejemplo, ésta no puede realizarse por estar emocionalmente reticente y/o estar sufriendo una situación de intimidación o amenaza.
- Es recomendable un sistema permanente de supervisión y revisión interna de las entrevistas y del procedimiento, como un medio para que los/as peritos revisen y mejoren sus técnicas.

El atender a estas medidas permitirá que el Estado de Chile, a través de los organismos encargados de llevar a cabo las evaluaciones periciales, garantice a estas víctimas el respeto a su dignidad y derechos, y propicie la obtención de prueba fiable y de calidad acerca de su vivencia, aportando con esto al establecimiento de la verdad judicial.

Estándares básicos en la evaluación pericial de testimonio

La evaluación pericial de testimonio busca obtener la mayor cantidad de información de calidad, con la utilización de la menor cantidad de procedimientos, de modo de minimizar los efectos negativos que pudiese generar en el peritado su participación en esta diligencia, así como evitar que

la entrevista pericial se transforme en fuente de distorsión de los recuerdos o de contaminación del testimonio⁴².

Entre los estándares adecuados mínimos para esta tarea resulta central considerar, por una parte, la idoneidad del perito y, por otra, las condiciones en las que se desarrolla el dispositivo pericial.

En lo que respecta al/la profesional idóneo/a para la conducción del proceso pericial, resulta relevante destacar que éste/a debe poseer entrenamiento específico para realizar esta labor⁴³. Entre el bagaje de formación y experiencia necesarios, se esperan aquellos relativos a la psicología clínica, psicología del desarrollo, por el conocimiento necesario de las habilidades de los niños, sus tendencias y limitaciones⁴⁴, psicodiagnóstico y psicopatología, así como las bases aportadas por la neurociencia, y la criminalística. Así también, resulta fundamental el manejo en profundidad de conocimientos de criminología, y fenomenología de las agresiones sexuales. Se requiere, en este sentido, la actualización permanente del perito en los contenidos señalados, resultando particularmente relevante la formación y entrenamiento en entrevista de víctimas de agresiones sexuales el que, para garantizar la efectividad en su ejecución, debe ser permanente, más aún en casos especialmente complejos como la evaluación pericial de víctimas pre escolares, con discapacidad intelectual, con motivación negativa hacia la evaluación, entre otros⁴⁵⁻⁴⁶. Junto con lo anterior el perito debe poseer conocimiento de los tipos penales de los delitos sexuales definidos por el Código Penal, especialmente las circunstancias comisivas en que se producen, y una visión clara de lo que se espera de su evaluación, y el papel que juega ello en la acreditación del hecho⁴⁷.

Otra consideración relevante la configura el establecimiento claro de una distinción entre la labor forense y el ámbito de lo clínico terapéutico. En este sentido, a fin de evitar sesgos, y además porque implica conocimientos y habilidades diferentes y específicos para ambos campos de intervención, no

42 POWELL, Martine; FISHER, Ron y WRIGHT, Rebecca. "Investigative Interviewing". En: BREWER, Neil y WILLIAMS, Kipling (Eds.) *Psychology and Law: An empirical perspective*. Guilford Press, New York, Guilford Press, 2005, págs. 11-42.

43 FALLER, Kathleen. *Interviewing Children About Sexual Abuse. Controversies and Best Practice*. New York, Oxford University Press, 2007.

44 LAMB, STERNBERG y ESPLIN, ob. cit.

45 WILSON, J. C.; POWELL, M. y MCMEEKEN, L. "Videotaping Children's Evidence: The costs and benefits" En: *Australian Police Journal*, 53(4), 1999, págs. 246-249.

46 POWELL, FISHER y WRIGHT, ob. cit.

47 MAFFIOLETTI, Francisco. "La entrevista forense a la víctima de delitos sexuales". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 38, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2009.

puede existir una superposición de los roles clínicos y forenses⁴⁸, así como debe garantizarse un encuadre adecuado para esta última intervención, tanto respecto del vínculo que se establece con el evaluado/a, la claridad en cuanto al objetivo diferencial que se plantea para ambas intervenciones⁴⁹, las fuentes de información a las que se recurre, así como el manejo del secreto profesional⁵⁰.

Junto con esto, no debe dejar de mencionarse la revisión permanente del perito respecto de sus posibles prejuicios y motivaciones personales en cuanto al delito que se investiga y su dinámica, que pueden interferir negativamente en la objetividad del trabajo realizado. Es responsabilidad del profesional poseer una clara conciencia de ellos, especialmente cuando se trata de evitar adoptar procedimientos y metodologías que no han sido probadas rigurosamente, y validadas científicamente, para su utilización en la práctica pericial.

En cuanto al dispositivo pericial, la entrevista pericial psicológica debe iniciarse con la solicitud de *consentimiento informado* a la víctima, y a su responsable (en caso de tratarse de un menor de 18 años o un adulto con discapacidad intelectual), oportunidad en la que se deben explicar las características del proceso pericial y sus alcances, y las condiciones técnico-metodológicas que contempla (grabación en audio y/o video, sala de espejo, circuito cerrado de televisión, presencia de observador, entre otros), solicitando su aprobación de registro (de audio o videograbado), y participación en la diligencia, asegurando el respeto al derecho de la víctima, y de su adulto responsable en el caso que corresponda, a no participar si esa es su voluntad. Esto implica no obligar, a través de técnicas coercitivas, la permanencia del peritado/a si desea abandonar la situación de evaluación, ni realizar o reiterar preguntas que cuestionen su decisión. Todo esto, en un lenguaje que resulte comprensible para el/la peritado/a según su nivel de desarrollo y sociocultural. La entrega de la información supone, además, que al momento de prestar dicho consentimiento, el peritado/a está en conocimiento de que, eventualmente, el profesional podría prestar declaración en Juicio Oral respecto del informe elaborado y consecuentemente exponer verbal y públicamente en el Tribunal Oral en lo Penal todos aquellos antecedentes que considere relevantes del caso, tanto de los datos aportados por el evaluado/a, como de aquellos

48 FALLER, ob. cit.

49 LAMB, STERNBERG y ESPLIN, ob. cit.

50 MINISTERIO PÚBLICO, SERVICIO NACIONAL DE MENORES, SERVICIO MÉDICO LEGAL, CARABINEROS DE CHILE, POLICÍA DE INVESTIGACIONES DE CHILE, MINISTERIO DEL INTERIOR, CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL, UNIVERSIDAD CATÓLICA SILVA HENRÍQUEZ, FUNDACIÓN LEÓN-BLOY. *Guía para la evaluación pericial de daño en víctimas de delitos sexuales*, Documento de Trabajo Interinstitucional. Santiago de Chile, 2010.

comprendidos en la investigación, en el entendido que tengan relación con los hechos investigados⁵¹.

Respecto al estado mental del peritado/a, se debe tener presente que es requisito para la validez de la información obtenida en la entrevista que éste se encuentre en condiciones óptimas para ser entrevistado. Estas condiciones dicen relación con un estado anímico que permita la entrega de un testimonio, un adecuado nivel de atención y concentración, y condiciones ambientales favorables. En este sentido cabe mencionar ciertas circunstancias que podrían afectar negativamente la realización de una entrevista o evaluación pericial de la víctima del delito⁵²:

- Evaluación demasiado próxima al hecho, que pudiese implicar un cuadro de estrés postraumático agudo, un cuadro disociativo, bloqueo mental, amnesia selectiva no intencional, estado ansioso o angustioso.
- Presencia del imputado o de algún representante en la evaluación (incluso peritos de la Defensa).
- Presencia de cámaras cuando en el hecho delictivo también han sido utilizadas.
- Presencia de muchas personas en la sala de entrevista.

En otra línea, debido a que el propósito de la entrevista en el contexto pericial es, previa formulación, evaluar un número de hipótesis diversas relacionadas a la denuncia, los entrevistadores debieran reunir la mayor cantidad de información sobre los hechos investigados, así como sobre las capacidades del niño/a y sus preferencias⁵³. Al respecto, resulta indispensable la planificación de la entrevista, la que debe formularse a partir de la obtención y revisión de la mayor cantidad de antecedentes del caso, incluyendo información sobre los hechos, sobre el niño/a y sobre la investigación. Esta información permitirá, primero, la formulación de hipótesis alternativas respecto a lo que puede haber pasado al niño/a y las eventuales motivaciones para un reporte falso o verdadero⁵⁴, o la existencia de posibles fuentes de contaminación, y, segundo, darle una estructura a la entrevista que permita definir los tópicos que deben ser indagados.

51 MAFFIOLETTI, ob. cit.

52 MAFFIOLETTI, ob. cit.

53 LAMB, STERNBERG y ESPLIN, ob. cit.

54 LAMB, STERNBERG y ESPLIN, ob. cit.

En la misma línea se pronuncia Köhnken⁵⁵ quien señala que es imposible realizar una entrevista adecuada de los testigos sin algún tipo de información sobre ellos (por ejemplo su edad, capacidades cognitivas, relación con el imputado), sobre el hecho investigado (por ejemplo tipo de evento, reiteración o no de éste), declaraciones anteriores (cuántas veces se lo ha entrevistado, qué ha dicho en esas veces, existe discrepancia o consistencia entre sus declaraciones), y otros aspectos del caso (intervalo de tiempo entre el hecho y la denuncia, consistencia de la declaración con otras pruebas, presencia de otros estresores en la vida del testigo, entre otras). Al respecto Blanco⁵⁶ señala que algunos autores sugieren abordar la entrevista teniendo conocimiento sólo de los datos básicos de la víctima, con el objeto de mantener la neutralidad y evitar sesgos, sin embargo las críticas a esta posición apuntan a que, junto con la dificultad para la planificación y la generación de hipótesis atinentes al caso, esto puede redundar directamente en la revictimización del peritado/a al no existir una guía para la indagación y, por ende, una extensión de la entrevista mayor a la necesaria, o la necesidad de su repetición. Una entrevista desarrollada sin el análisis de antecedentes tiende a levantar una gran cantidad de información que no necesariamente responde a los objetivos de la evaluación, por lo que debe prescindirse de gran cantidad de ella.

En esta línea, en el Protocolo de Entrevista de Michigan⁵⁷, se señalan los siguientes obstaculizadores que se presentan para el entrevistador al realizar entrevistas “a ciegas”:

- Dificultad para establecer rapport, por cuanto se desconocería situación del evaluado y sus intereses.
- Dificultad para introducir el tema del abuso, principalmente en niños pequeños quienes no responderían a preguntas generales sobre por qué están siendo entrevistados.
- Dificultad para considerar hipótesis alternativas sobre el significado de las declaraciones del NNA al desconocer la información existente sobre éstas.

De esta manera, el paso que inicia el proceso pericial es el análisis, en profundidad, de los antecedentes contenidos en la carpeta investigativa como

55 KÖHNKEN, Günther. “Evaluación de Credibilidad de Testimonios”. *Ponencia en el III Seminario Internacional sobre Agresiones Sexuales. Respuestas de Expertos*. Ministerio Público de Chile, Fundación Amparo y Justicia, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Santiago, Chile, 2011.

56 BLANCO, Alejandra. “Descripción de la metodología de evaluación pericial CAVAS INSCRIM”. En: *Huellas. Cuadernos de criminodinámicas y fenómenos emergentes*. Colección PDI Vol. N° 2, Santiago, publicación institucional, 2016.

57 Traducción de 2003.

etapa indispensable, tal como lo plantean autores como Alonso-Quecuty⁵⁸, Manzanero⁵⁹, Saborio⁶⁰ o las distintas entidades periciales chilenas⁶¹⁻⁶²⁻⁶³. Para ello, resulta necesario contar con la totalidad de los antecedentes investigativos recopilados por el ente persecutor hasta el momento de la evaluación pericial, antecedentes que permitirán la formulación de hipótesis preliminares para la planificación y desarrollo de ésta.

En lo relativo al número de sesiones a realizar para la entrevista pericial, si bien la Sociedad Profesional Americana en el Abuso Sexual Infantil⁶⁴ sugiere la realización de dos o más entrevistas, que permitan no sólo evaluar el testimonio sobre la agresión sexual, sino también, una valoración psicosocial completa, en general se recomienda la realización del mínimo de entrevistas necesarias para el cumplimiento de los objetivos, a fin de evitar la contaminación o falseamiento en el testimonio⁶⁵. La Rooy, Lamb y Pipe⁶⁶ señalan que, en el caso de la realización de más de una entrevista, y con el fin de resguardar la precisión de la información, éstas deben ser próximas en el tiempo y tan pronto como sea posible después del hecho denunciado. Lo relevante en este sentido es propender a equilibrar el cumplimiento de los objetivos que caracterizan una evaluación pericial, con el tiempo que requiera

-
- 58 ALONSO-QUECUTY, María Luisa. “Evaluación de la Credibilidad de las Declaraciones de Menores Víctimas de Delitos Contra la Libertad Sexual”. En: *Papeles del Psicólogo*, N°73, Junio 1999.
- 59 MANZANERO, Antonio. “Procedimientos de evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de agresiones sexuales”. En: *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 1, Madrid, SEPIN, 2001, págs. 51-71.
- 60 SABORIO, Carlos. “Estrategias de evaluación psicológica en el ámbito forense”. En: *Revista Medicina Legal de Costa Rica*, 22, 2005, págs. 41-63.
- 61 SERVICIO NACIONAL DE MENORES. “Estudio Peritajes Sicológicos en Abuso Sexual Infantil”. En: *Serie Estudios y Seminarios*, Chile, publicación institucional, 2004.
- 62 MINISTERIO PÚBLICO, POLICÍA DE INVESTIGACIONES, CARABINEROS DE CHILE, MINISTERIO DE JUSTICIA, SERVICIO MÉDICO LEGAL Y SERVICIO NACIONAL DE MENORES. *Evaluación Pericial Psicológica de Credibilidad de Testimonio: Documento de Trabajo Interinstitucional*, Santiago, Chile, publicación institucional, 2008.
- 63 SERVICIO MÉDICO LEGAL. *Guía normativa técnica pericial de salud mental en las áreas de psiquiatría y psicología médico legal*. Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009.
- 64 En FALLER, ob. cit.
- 65 ACADEMIA AMERICANA DE PSIQUIATRÍA INFANTIL Y ADOLESCENTE, en FALLER, ob. cit.
- 66 LA ROOY, David; LAMB, Michael y PIPE, Margaret Ellen. “Repeated Interviewing: A critical evaluation of the risks and potential benefits”. En: KUEHNLE, Kathryn y CONNELL, Mary (Eds.). *The evaluation of child sexual abuse allegations: A comprehensive guide to assessment and testimony*. Hoboken, NJ, USA, John Wiley & Sons Inc, 2009, págs. 327-361.

la víctima para referirse de forma amplia a los hechos investigados, evitando, a la vez, el costo que significa para ésta la sobre intervención.

En cuanto al sistema para el registro de la entrevista pericial, y asegurar la fiabilidad de la información obtenida, la videograbación es el medio ampliamente recomendado, excepto si el evaluado/a lo objeta y/o existen dificultades insuperables (por ejemplo la utilización de videograbación en la comisión del delito). Al respecto, siempre que se proponga una entrevista videograbada con el evaluado/a, el perito debe explicarle a él, y al adulto responsable cuando corresponda, el propósito de dicha videograbación, en forma acorde a su edad y nivel de comprensión, y su posible utilización posterior. Este registro debe ser explícitamente autorizado por el peritado y su adulto responsable, en el caso de menores de edad o adultos con discapacidad intelectual.

La videograbación se debe resguardar debidamente y exhibirse en posteriores instancias de manera completa y no parcializada⁶⁷, lo que se deberá realizar a través de medios tecnológicos idóneos que permitan su reproducción íntegra y fidedigna. Esto permite, además, desde un punto de vista deontológico, ser analizada por terceros a fin de evitar que el peritado/a sea sobreintervenido durante el proceso de investigación judicial con una nueva evaluación pericial solicitada por la contraparte, y por ende, la victimización secundaria⁶⁸⁻⁶⁹. Así también, la videograbación permite una capacitación más precisa de los entrevistadores y el monitoreo de sus prácticas de entrevista⁷⁰.

Es necesario destacar que el almacenamiento del registro de la información obtenida durante la evaluación pericial se debe hacer en un lugar seguro, que permita el acceso a los insumos sólo por quien corresponda, en caso de ser requeridos. El sistema de almacenamiento debe garantizar el resguardo, reserva e integridad del registro tanto para la protección de la prueba, como para la protección de la intimidad y seguridad del evaluado/a.

En lo referido al informe pericial, se deben consignar la totalidad de las actuaciones realizadas por el perito. Se deberán plasmar las condiciones en que se realiza la o las entrevistas y su número y duración, así como la individualización de quienes participan. Se deberá documentar fielmente

67 INTEBI, Irene. “Valoración de sospechas de abuso sexual infantil”. En: *Documentos técnicos*. Dirección General de Políticas Sociales Gobierno de Cantabria, 2008.

68 WILSON, POWELL y MCMEEKEN, ob. cit.

69 ECHEBURÚA, Enrique y SUBIJANA, Ignacio José. “Guía de buena práctica psicológica en el tratamiento judicial de los niños abusados sexualmente”. En: *International Journal of Clinical and Health Psychology*, Vol. 8, N° 3, 2008, págs. 733-749.

70 WILSON, POWELL y MCMEEKEN, ob. cit.

por el perito la totalidad de la información obtenida, para lo cual resulta imprescindible que ponga a disposición del solicitante las grabaciones de las entrevistas realizadas y todo el material generado y utilizado en la práctica pericial, incluyendo los protocolos de pruebas psicológicas aplicadas y los insumos a los que se tuvo acceso para arribar a las conclusiones, material que debe estar disponible para la revisión de otros profesionales⁷¹. Manzanero y Muñoz⁷² indican, al respecto, que difícilmente se podrá contraperitar un informe si no están explícitamente recogidos en el mismo los datos arrojados por la metodología aplicada y los criterios técnicos utilizados para llegar a las conclusiones expresadas. Resulta fundamental adjuntar al informe pericial la transcripción del relato aportado por el evaluado/a o la exploración dirigida, cuando se haya recurrido a ella. Esto permitirá el análisis de la actividad científica del perito por otro experto y por el mismo juzgador, además de evitar nuevas exploraciones al evaluado/a.

En el caso de la evaluación pericial de testimonio, para la obtención de la mayor cantidad de información de calidad para dar respuesta a la pregunta psicolegal, resulta crucial, para validar dicho testimonio, la evaluación de las capacidades cognitivas y verbales del evaluado. En aquellos casos en que estas capacidades no están claras resulta necesaria la aplicación de pruebas psicométricas para su evaluación. En otras ocasiones, especialmente cuando el evaluado/a se desarrolla normalmente, tiene un rendimiento dentro de lo esperado en el sistema escolar, no presenta signos de discapacidad cognitiva, o se cuenta con informes escolares o evaluaciones anteriores que permitan completar la información respecto de la capacidad testifical, bastará con la evaluación que se realice en la propia entrevista⁷³.

Finalmente resulta central en el ejercicio pericial la exploración de hipótesis alternativas, cuestión que incumbe directamente a la entrevista forense. Los prejuicios o sesgos que provienen de la consideración de una hipótesis única llevan a que se informen los contenidos de la entrevista de manera imprecisa para que guarden conformidad con la opinión formada a priori, a que se tienda a pasar por alto información pertinente y crucial, es decir, información que podría producir prueba en contrario o incoherente, o a que se dirija la información que entregan los testigos mediante el uso de preguntas

71 SALGADO, Ricardo; CHÍA, Enrique; FERNÁNDEZ, Hernán; NAVARRO, Javiera y VALDÉS, Antonia. *Protocolo para la Evaluación Psicológica Pericial de Delitos Sexuales contra Niños, Niñas y Adolescentes*. Programa para la No-Violencia, Pontificia Universidad Católica, Santiago, LOM Ediciones, 2005.

72 MANZANERO y MUÑOZ, ob. cit.

73 KÖHNKEN, ob. cit.

tendenciosas o cerradas que restringen el alcance de las respuestas, para que sea coherente con las propias hipótesis acerca de lo sucedido⁷⁴.

En esta línea Ceci y Bruck (1995)⁷⁵, señalan que las entrevistas forenses deben orientarse a evaluar la hipótesis más que a confirmarla, por lo que los entrevistadores se deben preparar generando hipótesis alternativas sobre los orígenes y los significados de las alegaciones. Señalan, como ejemplo, que cuando los niños/as usan términos que sugieren tocamientos sexuales, los entrevistadores deben explorar si los tocamientos pueden haber ocurrido en el contexto de la rutina del cuidado diario o de tratamiento médico. Del mismo modo, cuando aparecen supuestas inconsistencias en los detalles que entregan los niños/as, se debe intentar clarificar si efectivamente los hechos pudieran haber ocurrido como se describen, explorando, por ejemplo, si estas inconsistencias pudieran ser explicables porque se está describiendo más de un hecho o si se están usando las palabras de una manera idiosincrática.

Al respecto, Powell, Fisher y Wright describen estilos de interacción característicos de los entrevistadores que operan con una hipótesis única⁷⁶:

- 1) reunir información predominantemente confirmatoria y descartar caminos que puedan conducir a prueba contradictoria o incoherente;
- 2) formular preguntas de manera rígida, o interrumpir el relato del entrevistado;
- 3) ignorar información que no calza con las propias percepciones o presunciones;
- 4) no establecer una relación en la que los entrevistados sientan que pueden corregir malos entendidos durante la entrevista, o que pueden responder “no sé”;
- 5) pasar por alto o ignorar el grado de restricción en las respuestas obtenidas, ya sea por lenguaje limitado o por el ansia del entrevistado de complacer a su entrevistador;
- 6) no determinar la fuente de la información obtenida (si la observó, se enteró de ella directamente o solamente se conversó sobre ella), y
- 7) hacer preguntas dirigidas, o que influyen la respuesta del entrevistado al hacerla implícita o tener por ciertos hechos que podrían ser controvertidos.

74 POWELL, FISHER y WRIGHT, ob. cit.

75 EN GRUPO DE TRABAJO DEL GOBERNADOR PARA LA JUSTICIA DEL MENOR Y AGENCIA PARA LA INDEPENDENCIA DE LA FAMILIA, *Protocolo de Entrevista Forense*, Estado de Michigan, publicación institucional, 2003.

76 POWELL, FISHER y WRIGHT, ob. cit.

Metodología para la evaluación del testimonio infantil

Se han desarrollado una serie de metodologías para la evaluación del testimonio infantil, o procedimientos para la evaluación de las declaraciones, que pretenden constituir herramientas útiles para validar el testimonio infantil, diferenciándose de la valoración que puede realizarse utilizando el sentido común.

Estas metodologías se desarrollan a partir de la Hipótesis de Undeutsch quien, como se indicó, señala que: “Un testimonio que proviene de un recuerdo de una experiencia real difiere en contenido y calidad de relatos basados en fantasías o invenciones”. Entre estas metodologías la de mayor utilización a nivel nacional e internacional para la evaluación del testimonio es el Statement Validity Assessment (SVA), desarrollado inicialmente por Steller y Köhnken (1989), y complementado por Raskin y Esplin (1991), y validado a nivel internacional por diversas investigaciones científicas.

El Análisis de la Validez de la Declaración (SVA) es un procedimiento de diagnóstico pericial para cada caso, y está guiado por hipótesis específicas para éste respecto a los potenciales orígenes de la declaración, por lo que el paso más importante en el análisis de la validez de una declaración es generar hipótesis relevantes sobre las posibles fuentes de la declaración⁷⁷. De esta manera, de acuerdo a esta metodología, la evaluación pericial debiera incorporar la formulación y contraste de hipótesis relevantes sobre las posibles fuentes del testimonio, considerándose dos hipótesis alternativas básicas: el testimonio está basado en las propias experiencias (hipótesis de verdad) versus el testimonio tiene otra fuente (por ejemplo, hipótesis de engaño, hipótesis de sugestión, hipótesis de incapacidad, hipótesis de desplazamiento de la figura del autor, otras).

La metodología SVA contempla el abordaje de los siguientes tópicos, que permiten el análisis de la información necesaria para la formulación de las conclusiones respecto a las hipótesis formuladas⁷⁸:

- Evaluación de la competencia del testigo (capacidad verbal, capacidad cognitiva, calidad del recuerdo).
- Análisis de los factores situacionales que podrían haber tenido impacto en la declaración (por ej. retraso en la revelación, evento único o múltiples, entrevistas sugestivas).

77 KÖHNKEN, Günther. *Ponencia III Seminario Internacional sobre Agresiones Sexuales*. Santiago, Ministerio Público de Chile, Fundación Amparo y Justicia, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 2011.

78 KÖHNKEN, ob. cit.

- Análisis del origen de la declaración y su desarrollo posterior (¿cuándo entregó por primera vez su testimonio el testigo, a quién, con ocasión de qué, fue un relato espontáneo o en respuesta a preguntas, ha habido modificaciones desde ese primer relato?).
- Análisis de la consistencia de las declaraciones entregadas en distintos momentos.
- Análisis de la calidad del testimonio a través del Análisis de Contenido Basado en Criterios (CBCA).

Respecto del último punto al que alude la metodología, el Análisis de Contenido Basado en Criterios (CBCA), consiste en la determinación de la presencia o ausencia de criterios de credibilidad (Steller y Köhnken, 1989) para el análisis cualitativo de testimonios infantiles sobre agresión sexual, y tiene por objeto el análisis del contenido del testimonio y su nivel de ajuste a la realidad. Se trata de 19 criterios agrupados en cinco categorías: Características Generales, Contenidos Específicos, Peculiaridades del Contenido, Contenidos Referentes a la Motivación, y Elementos Específicos de la Ofensa.

Si bien, como ya se señaló, en algunos países el SVA ha sido desestimado como prueba en virtud de estudios y meta-estudios de laboratorio en que se ha analizado la efectividad del CBCA, existe evidencia que apunta al valor predictivo del CBCA. En este sentido, y en lo que concierne a la investigación experimental, Vrij y Akehurst (1998)⁷⁹, en una revisión de la literatura experimental, hallaron que éste oscilaba entre el 65% y el 85%, con un mejor resultado en la detección de declaraciones verdaderas que falsas. Posteriormente Vrij (2000)⁸⁰ obtuvo tasas de exactitud del 68% y del 76% en la clasificación de testimonios falsos y reales, respectivamente. El mismo Vrij, en un estudio posterior (2008)⁸¹ encontró tasas del 70,81% y del 70,47% para las declaraciones verdaderas y falsas, respectivamente.

En el caso de las investigaciones de campo, Vrij y Akehurst (1998)⁸², observaron un valor de clasificación correcta del 100% de los casos, lo que implicaría que la fiabilidad del sistema es mayor en contextos reales que en simulaciones. En esta misma línea, un estudio realizado en Roma en el año 2011, utilizando una muestra de 109 casos, concluye que las puntuaciones del CBCA, considerando 14 criterios, distinguen entre casos confirmados y no confirmados de abuso sexual. Los criterios que distinguen mejor entre los dos grupos son “cantidad de detalles”, “descripción de interacciones” y “alusiones al estado mental

79 En ARCE, FARIÑA y VILARIÑO, ob. cit.

80 En ARCE, FARIÑA y VILARIÑO, ob. cit.

81 En ARCE, FARIÑA y VILARIÑO, ob. cit.

82 En ARCE, FARIÑA y VILARIÑO, ob. cit.

subjetivo”. Las puntuaciones del CBCA correlacionan positivamente con la edad, indicándose que todos los criterios, excepto “detalles inusuales” y “detalles mal entendidos”, aumentan con la edad. Los investigadores concluyen que el CBCA constituye una herramienta útil para opinión experta⁸³.

En este punto es necesario hacer la salvedad de que, si bien la presencia de un criterio es indicador de fiabilidad del testimonio, su ausencia no es indicador de falsedad, entre otras cosas porque la presencia/ausencia de criterios depende de factores como la edad, las características del delito, la dinámica abusiva, entre otros. De esta manera el CBCA sería un método más eficiente para la validación de testimonios, que para la identificación de testimonios falsos (Navarro, 2015).

En cuanto a las conclusiones a partir de la aplicación de la metodología, si se han rechazado todas las hipótesis alternativas sobre las posibles fuentes de la declaración, porque no son compatibles con los antecedentes, entonces se concluye que las experiencias propias son posiblemente la fuente más probable. Si, por el contrario, no se puede rechazar una hipótesis alternativa (por ej., el testigo ha sido interrogado sugestivamente, el relato es muy breve), esto no significa que la declaración sea falsa⁸⁴.

Otra metodología utilizada en nuestro país para el análisis de testimonio de víctimas de delitos sexuales es la metodología CAVAS-INSCRIM, de creación del equipo pericial del Centro de Atención a Víctimas de Atentados Sexuales del Instituto de Criminología de la Policía de Investigaciones de Chile, que “surge de la experiencia clínica acumulada en la atención a más de 10 mil víctimas, así como por la investigación sistemática del fenómeno de las agresiones sexuales”⁸⁵.

La metodología CAVAS-INSCRIM considera las siguientes etapas:

- Análisis criminológico y formulación de hipótesis.
- Entrevista pericial psicológica.
- Análisis del testimonio, incluyendo el Análisis de contenido en base a criterios CAVAS INSCRIM.
- Análisis de fiabilidad.
- Análisis transversal de la información.
- Formulación de conclusiones.

83 ROMA, Paolo; SAN MARTINI, Pietro; SABATELLO, Ugo; TATARELLI, Roberto y FERRACUTI, Stefano. “Validity of Criteria-Based Content Analysis (CBCA) at trial in free-narrative interviews”. En: *Child Abuse & Neglect*, Volume 35, Issue 8, 2011, págs. 613-620.

84 KÖHNKEN, ob. cit.

85 BLANCO, ob. cit., p. 15.

Respecto del Análisis de contenido en base a criterios CAVAS INSCRIM, la construcción de las categorías de análisis surge de un proceso inductivo basado en la constatación de regularidades observadas en los relatos sobre agresiones sexuales. “Estas recurrencias observadas se constituyen en criterios de análisis y, por tanto, indicadores de credibilidad, bajo la hipótesis de que estos se encontrarían presentes en un relato sobre una experiencia de agresión sexual vivida, así como también, de otros aspectos específicos característicos, cuya presencia resulta altamente significativa como indicador de credibilidad en población chilena a pesar de no encontrarse presente en todos los relatos”⁸⁶. En esta metodología el análisis criterial, una vez que se estima que el testimonio es susceptible de ser analizado bajo este eje, se realiza en función de 17 criterios, divididos en categorías de forma y contenido. En este análisis se realiza la valoración cualitativa de la presencia/ausencia de los criterios en función de las características psicológicas del evaluado, la fenomenología de la agresión sexual investigada, y otros antecedentes de relevancia⁸⁷.

Cabe destacar que se han realizado diversos estudios en población nacional para reunir evidencia empírica que respalde la utilidad del análisis criterial del CAVAS-INSCRIM para la evaluación de testimonio. Entre estos destaca el estudio de Navarro⁸⁸ que concluye, por una parte, que el comportamiento estadístico del CBCA en nuestro país es similar al de investigaciones internacionales y, por otra, que es posible extrapolar la validez del CBCA a los criterios CAVAS INSCRIM, por lo que ambas resultan herramientas válidas en nuestra realidad nacional. Por otra parte, el estudio de Romo (2011)⁸⁹, realizado con población nacional adulta, concluye que los testimonios basados en hechos vividos presentan características vivenciales susceptibles de ser detectadas por ambas herramientas de análisis criterial, el CBCA y los criterios del CAVAS-INSCRIM.

Una vez realizado el análisis criterial, y que se determine que un testimonio cumple con las características propias de los relatos entregados por víctimas de delitos sexuales, se debe realizar la triangulación de la totalidad de los datos y su contraste, así como la evaluación de su compatibilidad con la información recabada a partir de las fuentes disponibles, trabajo guiado por las hipótesis de

86 BLANCO, ob. cit., págs. 21 y 22.

87 BLANCO, ob. cit.

88 NAVARRO, Carolina. *Evaluación de la Credibilidad Discursiva de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Agresiones Sexuales*. Tesis para optar al grado de Magíster en Psicología Mención Psicología Clínica Infanto Juvenil, Universidad de Chile, 2006.

89 BLANCO, ob. cit.

trabajo elaboradas con el fin de determinar las que pueden ser descartadas, las que no es posible descartar ni confirmar, y las que pueden ser confirmadas⁹⁰.

Condiciones para la derivación a evaluación pericial de testimonio

Cabe indicar que la pericia de testimonio constituye un medio de prueba al que no es necesario recurrir en la totalidad de los casos, siendo relevante y/o pertinente una evaluación de esta naturaleza cuando los antecedentes reunidos en la investigación evidencien nudos críticos respecto de la acreditación del hecho y/o la participación del imputado, para cuya resolución podría ser un aporte la evaluación del testimonio de la víctima.

En esta línea, ya en 1954, la sentencia emitida por el V Consejo Judicial del Tribunal Federal Supremo alemán, en que se buscaba establecer en qué modo se diferencian los recursos de los que se dispone en el juzgado durante la vista oral, versus los de un perito fuera de la misma, a la hora de determinar la credibilidad de una declaración testimonial de un niño/a en relación con un delito sexual, estableció que no es necesario en todos los casos solicitar un dictamen pericial. Al respecto cuando la declaración no constituye la base principal de una acusación o cuando ésta se apoya en otras pruebas, los propios recursos de la institución judicial se consideran suficientes para dictar sentencia⁹¹. Incluso es posible señalar que, en aquellos casos en que la declaración de la víctima es el principal medio de prueba, en la mayoría de las ocasiones una adecuada entrevista investigativa permitirá la toma de decisiones relevantes, y una acusación fundada ante el tribunal. En este sentido la pericia de testimonio no puede reemplazar la entrevista investigativa ni el resto de las diligencias de investigación, por lo que debe solicitarse, necesariamente, una vez que se haya realizado una entrevista investigativa de la mejor calidad posible, que permita decidir con fundamento la necesidad de realizar una evaluación pericial de testimonio o, por el contrario, su prescindencia.

No obstante, en algunos casos se presentan condiciones, propias a la víctima, a su testimonio, al contexto del caso, o a los hechos, que harían recomendable la solicitud de una evaluación pericial de testimonio. En este contexto aquella diligencia constituye un aporte de la psicología del testimonio en “su papel de ‘ciencia auxiliar’ (en el sentido positivo del término) del derecho penal, contribuyendo a dar soluciones racionales en el terreno de los delitos emocionales”⁹². Entre estas condiciones se pueden señalar:

90 BLANCO, ob. cit.

91 STELLER y BÖHM, ob. cit.

92 STELLER y BÖHM, ob. cit., p. 5.

- Cuando se registra, o se sospecha que se pueda registrar, retractación total o parcial, es decir, habiendo realizado previamente una develación o entregado un testimonio, se desdice de parte o la totalidad de lo antes referido.
- Casos en que se sospecha de posible sugestión y/o contaminación del testimonio.
- Antecedentes de posible instrumentalización de la denuncia, o del testimonio, ya sea por parte de la víctima o de terceros.
- En caso de sospecha de desplazamiento de la figura del autor.
- Presencia de discapacidad (cognitiva, de lenguaje, alteración de juicio de realidad) que incida en las características o contenido del testimonio.
- Posible alteración en el estado de conciencia al momento de ocurrencia del hecho investigado, que pueda afectar el testimonio (ej. consumo de alcohol, consumo de drogas).
- Aparentes inconsistencias, contradicciones, omisiones, o distorsiones en el propio testimonio o en relación al resto de los antecedentes de la investigación.
- Casos en los que se requiere valorar la posición psicológica de la víctima en el delito que se investiga (por ejemplo, vicios en el consentimiento, o en que el mismo está en cuestión).

En la misma línea el Oficio del Fiscal Nacional N° 914, de fecha 17 de noviembre de 2015, entrega orientaciones a los fiscales sobre la conveniencia de la solicitud de pericia de testimonio en determinados casos:

- En los casos de delitos sexuales cometidos al interior de la familia, o cuyas víctimas sean niños, niñas o adolescentes y no se cuente con evidencias físicas ni testigos, además de su propio testimonio, en que existan probabilidades ciertas de su retractación, la necesidad de recurrir a evaluaciones periciales psicológicas de análisis del testimonio y de daño a la víctima se encuentra más justificada que en los atentados cometidos fuera de estos ámbitos y en los que no existe riesgo de retractación asociado al vínculo de parentesco entre víctima y agresor.
- También, puede resultar necesario requerir la intervención de profesionales que analicen el testimonio de la víctima cuando la denuncia se produzca en un contexto de litigio entre los padres o responsables de su cuidado, como consecuencia de una separación o por otro motivo que sea de competencia de los Tribunales de Familia, siempre que de los antecedentes aparezca efectivamente acreditada la existencia de dichos conflictos y se haga necesario evaluar si éstos están incidiendo o no en la denuncia y en la información entregada por la víctima.

- También resulta recomendable requerir la intervención pericial de análisis de testimonio, cuando la investigación se relacione con hechos ocurridos en establecimientos educacionales, en que existan varias víctimas y en que sea necesario confirmar o descartar la hipótesis de contaminación del relato entre ellas o ellos.

Protocolo para la Evaluación Pericial de Testimonio

A continuación, se presenta un protocolo pormenorizado que considera las etapas que debieran contemplarse en el proceso de evaluación pericial del testimonio, y que permite cubrir los tópicos necesarios para la formulación y el trabajo de hipótesis. Este protocolo se presenta como guía para los profesionales encargados de dar respuesta a la pregunta pericial, y como apoyo a los fiscales en la solicitud y análisis del trabajo pericial:

1) Revisión de antecedentes de la carpeta investigativa (antecedentes de la develación, contexto de la denuncia, declaraciones previas, entrevista denunciante y cuidadores, evaluaciones previas), que permita la comprensión de la pregunta psicolegal, la formulación de hipótesis preliminares, y la planificación de la evaluación y la entrevista pericial.

2) Formulación de hipótesis alternativas preliminares adecuadas al caso (engaño, contaminación/sugestión, desplazamiento autor, denuncia errónea, etc.), que permitan planificar la entrevista y definir contenidos específicos a considerar en la fase de indagación.

3) Recopilación de antecedentes relevantes (entrevista cuidador, entrevista persona que recibe la develación, antecedentes escolares, antecedentes de salud, evaluaciones previas, otros).

4) Evaluación de la competencia del testigo considerando las variables que pueden influir en la entrega del testimonio (determinación de aspectos a evaluar, metodología de evaluación, considerar lo cognitivo versus lo motivacional); capacidad cognitiva y de lenguaje, edad/memoria; estrés. Determinación de casos en que se requiere necesidad de apoyo en batería de pruebas psicométricas, neuropsicológicas, especialmente ante antecedentes de discapacidad cognitiva, o afectación de procesos básicos (fantasía v/s realidad, espacio/tiempo; habilidades lingüísticas, entre otras)⁹³.

⁹³ En aquellas ocasiones en que el evaluado/a se desarrolla normalmente, tiene un rendimiento dentro de lo esperado en el sistema escolar, no presenta signos de discapacidad cognitiva, o se cuenta con informes escolares o evaluaciones anteriores que permitan completar la información respecto de la capacidad testifical, bastará con la evaluación que se realice en la propia entrevista (Köhnken, 2011).

5) Obtención del testimonio: entrevista pericial, consideración de protocolo y buenas prácticas de entrevista. Videograbación.

6) Análisis del material recopilado de acuerdo a los tópicos indicados y considerando la pregunta psicolegal:

- Competencia testifical del testigo (capacidad verbal, capacidad cognitiva, calidad del recuerdo).
- Análisis de los factores situacionales que podrían haber afectado el testimonio (ej. retraso en la entrevista, eventos únicos o múltiples, entrevistas sugestivas).
- Análisis del origen del testimonio y su desarrollo posterior (primer relato del testigo, ¿cuándo?, ¿a quién?, ¿en qué ocasión?, ¿cómo?, ¿relato espontáneo o en respuesta a preguntas?, ¿ha habido modificaciones desde ese primer relato?).
- Análisis de la consistencia del testimonio en el tiempo.
- Análisis de factores psicológicos, fenomenológicos y contextuales que podrían haber tenido impacto en el testimonio (ej.: desplazamiento de la figura del autor por protección, encubrimiento de una relación consentida, presiones socio-familiares para un cambio de versión, entre otros).
- Análisis de presencia de posibles indicadores de retractación.
- Análisis de la calidad del contenido del testimonio.
- Análisis de hipótesis atingentes al caso y descripción del proceso de formulación, y su descarte o confirmación.

7) Formulación de las conclusiones acordes a la pregunta psicolegal y los tópicos indicados.

Consideraciones finales

Resulta relevante destacar que, más allá de la metodología de evaluación pericial de testimonio utilizada, para comprender la producción narrativa de un niño, niña o adolescente, se precisa comprender la realidad de éste como un ser en desarrollo, un ser en vías de maduración física y psicológica. Por lo anterior, el análisis de su narrativa respecto de sus experiencias debe ser enmarcado dentro de una trayectoria madurativa, considerando lo que resulta esperable en función del desarrollo, de manera de, a partir de este conocimiento, realizar una interpretación acertada del sentido que revista cualquier hallazgo en cuanto a su producción testimonial.

Las características de cada etapa, y los cambios que ocurren en el curso del desarrollo, necesariamente incidirán en la manera que niños y niñas experimentan, significan, y reportan -o no reportan- las agresiones sexuales; “la tarea de relatar experiencias pasadas en códigos verbales consensuados,

aparece fuertemente vinculada a las capacidades y recursos cognitivos con los que cuenta el sujeto a la hora de enfrentar una tarea de evocación de recuerdos y formulación de relatos”⁹⁴.

Junto a la consideración de lo evolutivo, y respecto a la utilidad de la entrevista pericial en el contexto investigativo y judicial, de acuerdo a Tidmarsh, Powell y Darwinkel⁹⁵, las entrevistas deben incorporar de manera eficaz el abordaje de la dinámica del delito sexual, es decir, todos los elementos de la relación entre víctima y victimario incluyendo el contexto en el cual el delito transcurre -la cual se produce dentro del contexto de una “relación”, impulsada y manipulada por el agresor-, así como el abordaje de los detalles probatorios fundamentales. Para estos autores los protocolos de entrevista no suelen especificar el tipo de información y detalles sobre los que se debe indagar en este sentido, porque la investigación en que se basan se ha realizado por psicólogos cognitivos y sociales que se orientan hacia la verificación de teorías formales de la memoria y la comunicación, en lugar de abordar los detalles probatorios que se requieren para un procesamiento exitoso.

En la misma línea, la credibilidad, en el sentido amplio, que podemos otorgar a un testimonio se relaciona, de manera muy importante, con la detección y descripción, en distintos elementos probatorios incluida la entrevista, de la dinámica abusiva -¿Cómo el agresor se impuso en la vida del niño/a?, ¿Por qué el agresor escogió a este niño/a?-, puesto que esta descripción es más difícil de inducir o inventar que la pura descripción de los hechos. Debido a que la “relación” es el contexto que conduce y entrelaza a los “hechos” del delito, su comprensión es fundamental para entender la conducta de la víctima, como cuando se somete al agresor o posterga la denuncia⁹⁶. Contar con un entendimiento acabado del contexto que rodea el delito es vital en la reducción del sesgo de confirmación⁹⁷.

Finalmente es necesario destacar que la pericia de testimonio no puede reemplazar la entrevista investigativa, hito fundamental en el proceso investigativo cuya adecuada realización podría tener un impacto relevante en la calidad de la investigación y favorecer, desde su inicio, la generación de líneas investigativas diversas y bien fundadas. La correcta realización de la entrevista investigativa, podrá facilitar la toma de decisiones en cuanto a las diversas diligencias necesarias de decretar, entre éstas la necesidad de derivación para una evaluación pericial de testimonio, o su prescindencia, de acuerdo a los parámetros ya indicados.

94 NAVARRO, ob. cit.

95 TIDMARSH, Patrick; POWELL, Martine y DARWINKEL, Elli. ““Whole story”: A new framework for conducting investigative interviews about sexual assault”. En: *Journal of Investigative Interviewing: Research and Practice*, Vol. 4, 2012, págs. 33-44.

96 TIDMARSH, POWELL y DARWINKEL, ob. cit.

97 ASK y GRANHAG, 2007. En TIDMARSH, POWELL y DARWINKEL, ob. cit.

DISTINCIÓN ENTRE TORTURA Y TRATOS CRUELES INHUMANOS O DEGRADANTES EN LOS FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS¹

María Angélica San Martín Ponce²

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo analizar los distintos criterios que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado en su jurisprudencia para distinguir entre la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, y destacar los elementos que ha considerado en tal reflexión. Lo anterior en el caso chileno es de la mayor trascendencia, ya que en la nueva regulación de la tortura en el Código Penal se contempla un tipo penal para cada una de las categorías señaladas, por lo que conocer el problema e identificar los argumentos para su resolución será de una gran utilidad en la interpretación de estos delitos.

1. Introducción

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 5, protege el derecho a la integridad personal, señalando en su numeral 1 que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, y en el número 2 establece la prohibición de actos de torturas y de tratos crueles en el siguiente tenor: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”³. De esta regulación podría señalarse que el derecho internacional de los derechos humanos no estima relevante la distinción entre las conductas atentatorias contra la integridad personal constitutivas de torturas o malos tratos, dado que ambas se encuentran prohibidas. Pese a esa apariencia esta situación no es necesariamente así, dando muestra de ello diversos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana). En éstos, se han calificado los hechos por los que se condena a los Estados como constitutivos de una u otra de las conductas prohibidas por el número 2 del artículo 5° de la Convención Americana.

- 1 El presente trabajo coincide parcialmente, con el presentado como trabajo final al Diplomado en Derechos Humanos de la Universidad de Chile para Fiscales y abogados/as del Ministerio Público, versión 2017.
- 2 Abogada, Subdirectora de la Unidad de Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 3 Adoptada el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigencia el 18 de julio de 1978 y ratificada por Chile el 10 de agosto de 1990.

En cuanto al derecho chileno, cabe destacar que nuestro Código Penal, en el Párrafo IV del Título III del Libro II, titulado “De la tortura, otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y de otros agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución”, modificado por la Ley N° 20.968, reguló separadamente los delitos de tortura y otros tratos cueles, inhumanos o degradantes. De su lectura se puede inferir que para el legislador chileno el criterio relativo a la intensidad o severidad del maltrato es relevante. Esto, en particular del análisis de los artículos 150 A y D del Código Penal, en tanto el primero señala que constituyen tortura los “dolores y sufrimientos graves” y el segundo que constituyen tratos crueles inhumanos o degradantes, aquellos que no alcancen a constituir tortura, asignándose a la primera conducta una pena de crimen y a la segunda una pena de simple delito. Por ello, se estima útil conocer el contenido de estos conceptos según las Convenciones Internacionales, lo señalado por los expertos y particularmente lo establecido por los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fin de orientar la correcta calificación jurídica de los hechos que investigan los y las fiscales nacionales, ocurridos con posterioridad a la dictación de la Ley N° 20.968. A diferencia de las Convenciones que se citaran, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no distingue entre los conceptos de torturas o tratos crueles inhumanos o degradantes, limitándose en su artículo 3 a prohibir ambos tipos de comportamientos, artículo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado en forma evolutiva “pues en los últimos tiempos se puede observar cómo el nivel de gravedad exigido para que un trato sea contrario al artículo 3 ha sido reducido considerablemente”⁴.

El tema se abordará primeramente revisando la protección que los diversos tratados de derechos humanos realizan respecto de la integridad personal, con la consecuente prohibición de actos que atenten contra ella como lo son la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Luego, se revisará la conceptualización de los hechos constitutivos de tortura efectuada por instrumentos y tratados internacionales específicos sobre la materia, para terminar analizando algunos fallos de la Corte Interamericana que han distinguido los hechos atentatorios contra la libertad personal, como torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

4 SALADO OSUNA, Ana. “Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. En: *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Francisco Javier García Roca (coord.), Pablo Santolaya Machetti (coord.), Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, págs. 107-144.

2. Protección del derecho a la integridad personal. Concepto de Tortura en instrumentos internacionales

A partir del siglo XX la comunidad internacional ha realizado importantes esfuerzos por adoptar normas comunes que resguarden y promuevan el respeto por la dignidad e integridad de todas las personas, sin distinción. Como parte de esa convicción, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos proscibieron la tortura, entendiéndola como uno de los crímenes más degradantes y atroces que puede sufrir una persona. Sucedió así que si bien existía una prohibición absoluta de la tortura y se consideraba una norma de *ius cogens*, esto es, una norma imperativa que forma parte del orden público internacional, no admitiendo reservas o estipulaciones convencionales en contrario⁵, se carecía de una definición del concepto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De esta forma, surgieron instrumentos internacionales específicos, tanto en el sistema universal como en el americano, que dotan de contenido al concepto y la prohibición, estableciendo deberes y obligaciones para los Estados. Cabe destacar respecto de estos instrumentos que además de poseer un valor jurídico, simbólico y político, han servido de base para que los diferentes Estados adopten legislaciones acordes al estándar del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como lo hizo nuestro país al promulgar la Ley N° 20.968 el año 2016.

Con el fin principal de servir de insumo para el análisis posterior respecto a las diferencias y similitudes de tratamiento de la tortura en cada instrumento, se destacan los artículos más relevantes de cada uno, en tanto su definición de tortura.

a) Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes⁶.

Artículo 1:

1. A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán torturas las penas o sufrimientos

5 Convención de Viena de Derecho de los Tratados, artículos 53 y 71, adoptada el 23 de mayo de 1969, entrada en vigencia el 27 de enero de 1980, ratificada por Chile el 9 de abril de 1981.

6 Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975.

que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos.

2. La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante.

b) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes⁷.

Artículo 1.1. A los afectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflijan intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Como se puede apreciar de las definiciones anteriores, la Declaración y la Convención contienen elementos relativamente similares, los que según MEDINA, se pueden clasificar:

- i. el agente, un funcionario público, que la causa o la instiga (en la Declaración), o un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, que además de causarla o instigarla, la tolera o la consiente (en la Convención);
- ii. la intencionalidad;
- iii. el efecto que la conducta produce en la víctima: penas o sufrimientos graves, físicos o mentales (en la Declaración) o dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales (en la Convención);
- iv. la finalidad de la conducta: obtención de la víctima o de un tercero de información o confesión, castigo o intimidación (en la Declaración) o, además de esos fines, el de coaccionar o discriminar (en la Convención)⁸.

7 Adoptada el 10 de diciembre de 1984, entrada en vigencia el 26 de junio de 1987 y ratificada por Chile el 30 de septiembre de 1988.

8 MEDINA, Cecilia. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia* [en línea]. Santiago, Chile, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005, página 145. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142533/la-convencion-americana.pdf?sequence=1> [fecha de consulta: 5 de diciembre de 2017].

c) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁹.

Artículo 2: Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

Esta definición debe complementarse con el artículo 3 de la misma Convención, que dispone que el sujeto activo sea empleado público o quienes sin ostentar esta calidad actúen a instigación de los primeros.

(...) Serán responsables del delito de tortura:

a) los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.

b) Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

3. Discusión respecto de los alcances de los distintos conceptos de Tortura

Refiriéndose al concepto de tortura dado por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante CIPST) y sus diferencias con las de la Declaración y la Convención del sistema universal vistas, la profesora Cecilia Medina identifica como principales diferencias:

⁹ Adoptada el 9 de diciembre de 1985, entra en vigencia el 30 de septiembre de 1988, ratificada por Chile el 4 de agosto de 2005.

- En cuanto a los sujetos activos que pueden cometer las conductas, dado que considera “como autores de la conducta no sólo de los funcionarios públicos que la cometan, la instiguen o induzcan, sino que a los particulares; manteniendo la necesidad de que exista un lazo entre el particular y el funcionario público, pero es un lazo tenue”.
- Se dispone que el acto debe producir en la víctima sufrimientos físicos o mentales, sin especificar requisito alguno de severidad, y se agrega la posibilidad que no se ocasione sufrimiento de ningún tipo si el objetivo de la tortura es “anular la personalidad de la víctima o disminuir su capacidad física o mental”.
- Asimismo, la Convención Interamericana califica como tortura ciertos actos sin exigir como elemento esencial un fin específico, puesto que su artículo 2 utiliza la fórmula omnicomprendensiva de “cualquier otro fin”¹⁰. En cuanto a la amplitud de los fines considerados por la CIPST la profesora Medina manifiesta su conformidad, relevando la materialidad de la conducta por sobre la motivación que pudiese tener la conducta del torturador: “lo que persigue la tortura es el sometimiento de la persona a la voluntad del torturador y lo que el torturador hará con ella, una vez que ha quebrado su voluntad, puede ser más variado de lo que se piensa y ciertamente irrelevante para decidir que esa conducta es reprochable y debe ser prohibida por el derecho internacional”¹¹.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) en su artículo 7°, prohíbe la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes en forma absoluta: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”. No obstante establecer la prohibición de ambas conductas, el Pacto no da un concepto de las conductas prohibidas.

Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 5.2, consagra similar protección, del siguiente tenor: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Ello explicaría que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas no distinga entre las conductas prohibidas en su artículo 7 del Pacto, quizás con el propósito de enfatizar que la realización de cualquiera de ellas está prohibida¹². La Observación General número 20, que reemplaza

10 MEDINA, ob. cit., p. 147.

11 MEDINA, ob. cit., p. 147.

12 MEDINA, ob. cit. p. 148.

a la Observación General número 7, señala en su párrafo 4 lo siguiente: “El Pacto no contiene definición alguna de los conceptos abarcados por el artículo 7, ni tampoco el Comité considera necesario establecer una lista de los actos prohibidos o establecer distinciones concretas entre las diferentes formas de castigo o de trato; **las distinciones dependen de la índole, el propósito y la severidad del trato aplicado**”¹³.

Los criterios que destacamos, señalados al final del párrafo de la Observación General recién transcrita, nos parecen relevantes puesto que ellos han sido algunos de los considerados por la Corte Interamericana al calificar los hechos como constitutivos de torturas o malos tratos.

Para la profesora Galdámez, de acuerdo a las normas internacionales revisadas, se considera la tortura como la figura agravada de la violación del derecho a la integridad, aquella a la que se hace el mayor juicio de reproche, situándose en la categoría inmediatamente inferior “los otros tratos prohibidos”¹⁴. Compartimos con la profesora Galdámez que tanto para la Declaración como para la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas, el criterio diferenciador entre las conductas prohibidas, ya sea como hechos constitutivos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, lo constituye la gravedad o intensidad del sufrimiento, criterio que la Convención Interamericana, omite. No obstante las diferencias observadas en los conceptos de tortura contenidos en los instrumentos citados, es posible señalar que aunque con algunas diferencias de intensidad, la definición contiene elementos comunes que deben concurrir: un sujeto activo calificado, el elemento teleológico, la intención en el sujeto activo y un resultado: que la acción produzca sufrimiento, físico o mental, en la víctima¹⁵.

Respecto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, para la profesora Galdámez si bien son criterios diferenciadores la gravedad del sufrimiento y la intención o finalidad que mueve al perpetrador, es preponderante el primero de ellos, señalando que “en la evolución de la jurisprudencia de la Corte la

13 *Observación General 20 que reemplaza a la observación general 7, sobre Prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles art. 7.* Comité de Derechos Humanos, párrafo 4, 1992. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1399.pdf?view=1> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2017].

14 GALDÁMEZ, Liliana. *Alcance de la prohibición de la tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* [en línea]. Santiago, Chile, Centro de Estudios Constitucionales, 2006, Vol. 4, núm. 2, págs. 661-696. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/820/82040127.pdf> [fecha de consulta: 22 de noviembre de 2017].

15 GALDÁMEZ, ob. cit., p. 666.

noción de tortura se construye fundamentalmente en base a la “gravedad del sufrimiento”¹⁶.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, entiende que un acto que constituya tortura existe cuando los malos tratos son: (a) intencionales; (b) causan sufrimiento físico o mental severo, y (c) son cometidos con un propósito u objetivo, incluyendo la investigación de delitos¹⁷.

3.1 Conceptualización de Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes

Ni la Declaración, ni la Convención Americana de Derechos Humanos, ni la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura establecen lo que debe entenderse por “tratos crueles, inhumanos o degradantes” o cómo éstos se diferencian de la tortura. No obstante, como se adelantó, la CIDH ofrece ciertos principios que sirven como directriz para evaluar si una conducta específica puede caer dentro de estas categorías. La CIDH ha tomado en consideración jurisprudencia europea según la cual “trato inhumano es aquel que deliberadamente causa un severo sufrimiento mental o psicológico, el cual, dada la situación particular, es injustificable” y “el tratamiento o castigo de un individuo puede ser degradante si se le humilla severamente ante otros o se lo compele a actuar contra sus deseos o su conciencia”. El criterio esencial que permite distinguir entre “tortura” y “trato inhumano o degradante” deriva principalmente de la intensidad del sufrimiento inflingido¹⁸.

3.2 Utilidad de la distinción entre hechos constitutivos de torturas u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes

Como se ha señalado, ambos tratados generales de Derechos Humanos, el de Naciones Unidas y el de la Organización de Estados Americanos, no diferencian en el trato dado a las conductas atentatorias de la integridad personal, encontrándose todas proscritas. Por ello, autores como la profesora Medina, han cuestionado la utilidad de distinguir a nivel internacional entre las diversas conductas contenidas en el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señalando que “cualquiera que sea la conducta prohibida que se cometa existirá violación de la disposición respectiva y, desde ese punto

16 GALDÁMEZ, ob. cit., p. 667.

17 *Hacia el cierre de Guantánamo* [en línea]. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2015, p. 56. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Hacia-cierre-Guantanamo.pdf> [fecha de consulta: 22 de noviembre de 2017].

18 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, ob. cit., págs. 64 y 65.

de vista, no se ve la necesidad de la distinción”¹⁹. Sin embargo, la misma autora vislumbra la posibilidad de que la distinción pueda ser importante desde el punto de vista de la imagen del Estado frente a la comunidad internacional, dado el mayor estigma que lleva asociada la tortura por sobre los tratos crueles y para la determinación de la reparación a las víctimas.

Una discusión que podría transformar a nivel internacional en relevante la distinción entre ambos actos prohibidos, es la que dice relación con la posibilidad que la prohibición absoluta de la tortura no se extienda a los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Al respecto la profesora Galdámez señala que la Corte Interamericana, siguiendo en este punto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no ha hecho tal distinción estimando ambas categorías o manifestaciones lesivas de la integridad personal contenidas en el artículo 5.2 de la Convención Americana, como absolutamente prohibidas, razonamiento al que la Corte Interamericana llega, a juicio de la autora, influida por los casos de afectación a la integridad personal de las personas ocurridas en el ámbito interamericano, que ponen en evidencia los riesgos de la relativización de los derechos humanos, sobre todo en este aspecto tan importante, que como también señala la autora, es uno de los derechos que más presiones debe soportar, por ejemplo en el contexto de la lucha contra el terrorismo²⁰.

Para el profesor Nash, aún a riesgo de provocar una relativización de la prohibición absoluta de la tortura, en la práctica normativa y jurisprudencial de la Corte Interamericana es posible diferenciar las distintas formas de afectación a la integridad personal, señalando que aunque tanto las conductas constitutivas de torturas como los otros atentados contra la integridad personal se encuentran prohibidos, “es también un hecho que aquella que centra la atención es la prohibición absoluta de la tortura”²¹. Respecto a la utilidad de la distinción, además de los argumentos señalados por la profesora Medina, agrega:

- Deber de investigación de oficio: Que es parte del deber de garantía investigar las violaciones graves de los derechos humanos, que precisamente la Corte Interamericana ha reiterado al conocer casos de tortura, obligación tanto de carácter procedimental, referida a abrir o activar la investigación, como sustantiva, referida a los estándares mínimos que debe cumplir según las obligaciones internacionales.

19 MEDINA, ob. cit., p. 144.

20 GALDÁMEZ, ob. cit., págs. 670 y 671.

21 NASH, Claudio. *Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes* [en línea]. Montevideo, Uruguay, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XV, 2009, págs. 585 a 601. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/3891/3421> [fecha de consulta: 22 de noviembre de 2017].

Papel de la comunidad internacional: Como consecuencia de la prohibición de la tortura, según la Corte, ante la violación de normas que tienen el carácter de “ius cogens”, se deben activar tanto los medios nacionales como internacionales para su persecución, siendo un deber de la comunidad internacional impedir la impunidad de estos hechos. También la CIDH ha enfatizado que la prohibición de la tortura es una norma ius cogens²².

- Relevancia que tiene para las víctimas de torturas: Que los hechos sean calificados como tales y no queden englobados dentro de un concepto más amplio como lo es la afectación a la integridad personal. Este punto sería la contracara del interés de los Estados, según el caso, de que los hechos se califiquen como “otros tratos”.
- Aplicación de un procedimiento de control y protección internacional: Este existe respecto de los hechos constitutivos de torturas, contemplado en el artículo 20 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura (en adelante CAT), procedimiento que hace referencia a prácticas sistemáticas de tortura, por lo que estaría reservado para perseguir los hechos más graves que atentan contra la integridad personal^{23, 24}.

A estos aspectos se agrega, siguiendo a O’Donnell²⁵, que tanto la CIPST como la CAT, además de dar un concepto de tortura, establecen obligaciones específicas para los Estados para prevenir y sancionar la tortura, y que sólo algunas de estas obligaciones se extienden a los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Según estos instrumentos, son obligaciones únicamente aplicables a la tortura:

- Las obligaciones relativas a la jurisdicción extraterritorial y la cooperación internacional en materia penal (artículos 5 y 9 de la CAT y 11 y 14 de la CIPST);

22 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos* [en línea]. párr. 155. Disponible en: <http://www.cidh.org/terrorism/span/indice.htm> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2017].

23 NASH, ob. cit., págs. 4 a 6.

24 Sin perjuicio del mecanismo contemplado en el Estatuto de Roma, que contiene una tipificación y procedimiento para investigar y perseguir, ante la Corte Penal Internacional, en caso de tortura como crimen de guerra y crimen de lesa humanidad. Una situación similar se contempla en los Estatutos del Tribunal para la Ex Yugoeslavia y Ruanda.

25 O’ DONNELL, Daniel. *La tortura y el trato cruel, inhumano y degradante: contenido y significado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* [en línea]. México, UNAM, 2005, págs. 89 a 117. Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-cndh/article/view/5569/4914> [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2017].

- La obligación de no devolución al país donde la persona sufrió tortura (artículos 3 de la CAT y 13 de la CIPST), y
- La obligación de reconocer la inadmisibilidad de declaraciones obtenidas mediante tortura (artículos 15 y 16 de la CAT y 10 de la CIPST).

Respecto este último punto diferenciador, se puede precisar que respecto de la inadmisibilidad de declaraciones obtenidas mediante tortura, está consagrada en forma amplia, comprendiendo los “otros tratos” en el PIDCP, como también respecto de la “no devolución” la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Humanos la contempla en términos amplios en su párrafo 9.

4. Fallos Corte Interamericana de Derechos Humanos que distinguen entre Torturas y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes²⁶

Nombre del Caso	Párrafos	Aspectos Relevantes
Cabrera García y Montiel Flores contra México ²⁷	128, 133 y 134 ²⁸	La Corte declaró que es de resorte del Estado que tiene la custodia de un detenido, probar que sus agentes no provocaron las afectaciones de salud que éste tenga posterior a la misma si fue detenido sano, existiendo una presunción de responsabilidad del Estado.

26 La selección de casos se realizó buscando casos donde la Corte Interamericana a propósito de afectaciones al artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, analizó los elementos constitutivos de la tortura y/o su diferenciación con los otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

27 Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

28 “128. Por otra parte, la Corte observa que en el proceso penal interno sólo el señor Montiel Flores indicó “que lo mojaban para darle toques [eléctricos] por periodos cortos”. No obstante lo anterior, los representantes manifestaron que el señor Cabrera García recibió choques eléctricos en el muslo izquierdo. Al respecto, el Tribunal resalta que los toques eléctricos son un método de tortura que se diferencia de otros debido a que es difícil determinar la realización de los mismos, ya que es posible utilizar mecanismos para que no queden huellas visibles del hecho. En el examen médico que se le realizó a las víctimas al salir de la cárcel, se indicó que en el caso del señor Montiel Flores existe una “zona de dermatoma con insensibilidad”, de “5 cm en el muslo derecho”. Asimismo, en el dictamen de los señores Tramsen y Tidball-Binz se indicó que “[e]n el centro del lado superior lateral del muslo derecho [del señor Montiel Flores existe] un tumor subcutáneo de 5 cm. de largo por 3 cm. de ancho, sin despigmentación cutánea. No hay sensibilidad en esta área”. Por otra parte, respecto al señor Cabrera García certificaron que en el “muslo izquierdo existe un tumor subcutáneo de aproximadamente 3 cm. de largo por 2 cm de ancho”. La perito Gutiérrez Hernández no se pronunció en relación con los alegados toques eléctricos. Además, la Corte

Nombre del Caso	Párrafos	Aspectos Relevantes
Comunidad Campesina de Santa Bárbara versus Perú ²⁹	188 y 189 ³⁰	Es posible observar la consideración de elementos exógenos a las conductas propiamente tales, se tuvo en cuenta que entre las 15 víctimas, finalmente eliminadas en una mina, había niñas y niños, a quienes las conductas debieron provocarles severos sufrimientos, calificándose los malos tratos como constitutivos de torturas.

observa que en la declaración ante fedatario público rendida por el perito José Quiroga, éste aludió a la disminución de sensibilidad en el muslo del señor Montiel Flores”.

“133. Ahora bien, la Corte ha señalado que la infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos (duración de los tratos, edad, sexo, salud, contexto, vulnerabilidad, entre otros) que deberán ser demostrados en cada situación concreta. Asimismo, el Tribunal ha indicado que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la Convención Americana.

134. En el presente caso, la falta de una investigación dirigida contra los presuntos responsables de la violación a la integridad personal limita la posibilidad de concluir sobre los alegatos de la presunta tortura cometida en contra de los señores Cabrera y Montiel. Sin perjuicio de ello, la Corte ha señalado que el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención, de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia. La jurisprudencia de este Tribunal también ha señalado que siempre que una persona es detenida en un estado de salud normal y posteriormente aparece con afectaciones a su salud, corresponde al Estado proveer una explicación creíble de esa situación. En consecuencia, existe la presunción de considerar responsable al Estado por las lesiones que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales. En dicho supuesto, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados. Por lo tanto, la Corte resalta que de la prueba aportada en el caso es posible concluir que se verificaron tratos crueles, inhumanos y degradantes en contra de los señores Cabrera y Montiel” (el subrayado es nuestro).

29 Sentencia de 1 de septiembre de 2015.

30 “188. En el presente caso, la Corte observa que la detención inicial de las 15 víctimas señaladas se realizó por parte de las fuerzas militares en el marco de un estado de emergencia y suspensión de garantías en el que las Fuerzas Armadas asumieron el control del orden interno en el Departamento de Huancavelica (supra párrs. 86 y 87), y que dicha privación de libertad fue un paso previo para su desaparición. Para la Corte, su traslado a la mina sin ser puestos a disposición de la autoridad competente constituyó evidentemente un acto de abuso de poder que bajo ningún concepto puede ser entendido como el ejercicio de actividades militares para garantizar la seguridad nacional y mantener el orden público en

Nombre del Caso	Párrafos	Aspectos Relevantes
Herrera Espinoza versus Ecuador ³¹	87, 108 y 109 ³²	La finalidad de obtener de la víctima la inculpación en delitos junto con la severidad del maltrato que produjo incapacidad física, provocó la calificación de los hechos como tortura.

el territorio nacional. Por ende, el Estado es responsable por la violación del artículo 7 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las 15 víctimas señaladas (*supra* párr. 187).

189. Ahora bien, al ser privadas de libertad, dichas víctimas fueron golpeadas y obligadas a caminar varias horas amarradas y sin alimentos ni agua, además, fueron introducidas en el socavón de la mina previamente a su eliminación (*supra* párr. 91), colocándoseles en una grave situación de vulnerabilidad. Cabe señalar que este hecho pudo generar en las niñas y niños sentimientos de pérdida, intenso temor, incertidumbre, angustia y dolor, los cuales pudieron variar e intensificarse dependiendo de la edad y las circunstancias particulares de cada uno. En razón de lo anterior, el Tribunal considera que las víctimas sufrieron un trato contrario a la dignidad inherente al ser humano mientras se encontraban bajo custodia estatal que produjo una afectación a su integridad psíquica, física y moral. Asimismo, dichos actos constituyeron formas de tortura debido a que fueron cometidos intencionalmente, que provocaron severos sufrimientos, incluso debido a la incertidumbre de lo que les podía suceder y el profundo temor de que podrían ser privados de su vida de manera violenta, como en efecto ocurrió, siendo la privación de la vida la finalidad de dichos actos. Por tanto, la Corte determina que el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de las 15 víctimas señaladas (*supra* párr. 187)” (lo subrayado es nuestro).

31 Sentencia del 1 de septiembre de 2016.

32 “87. También ha expresado la Corte que:

[L]a violación del derecho a la integridad física y psíquica de las personas tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según factores endógenos y exógenos (duración de los tratos, edad, sexo, salud, contexto, vulnerabilidad, entre otros) que deberán ser analizados en cada situación concreta.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte, se está frente a un acto constitutivo de “tortura” cuando el maltrato: a) sea intencional; b) cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) se cometa con cualquier fin o propósito”.

“108. En cuanto a la severidad e intensidad de los tratos, los certificados médicos de 9 de agosto de 1994, no cuestionados por el Estado, determinaron incapacidades físicas de hasta tres o más días y que la violencia recibida les causó dolor y traumas psicológicos (*supra* párr. 92).

109. Por otra parte, de acuerdo a las declaraciones de las presuntas víctimas, dicha violencia fue cometida intencionalmente por agentes estatales, tuvo la finalidad de lograr que aquellas aceptaran haber cometido hechos delictivos, y consistió en actos tales como baños fríos nocturnos, obligarlas a permanecer arrodilladas durante un largo tiempo con los brazos levantados, permanecer con los ojos vendados, pisotones en las pantorrillas, golpes múltiples y amenazas de muerte (*supra* párrs. 91, 93 y 94). En ese sentido, aunada a otros

Nombre del Caso	Párrafos	Aspectos Relevantes
I.V. versus Bolivia ³³	258, 260, 267 y 270 ³⁴	La consideración de aspectos propios de la víctima, permitieron calificar los hechos como tratos crueles, la historia previa de la víctima de esterilización forzada, su carácter de refugiada y el haber sufrido tortura en su país de origen fue determinante.

elementos de prueba, la declaración del señor Revelles ante la Corte (supra párr. 95) da cuenta de la comisión de actos de tortura.

110. Por lo expuesto, la Corte, sin perjuicio de la responsabilidad penal que debe dirimirse en el ámbito interno, concluye que el Estado es responsable por la comisión de actos de tortura, por lo que violó los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio de los señores Eusebio Domingo Revelles, Jorge Eliécer Herrera Espinoza, Emmanuel Cano y Luis Alfonso Jaramillo González (...)” (lo subrayado es nuestro).

33 Sentencia de 30 de noviembre de 2016.

34 “258. La representante, con base en la misma base fáctica del informe de fondo, alegó la violación del artículo 5.2 de la Convención Americana en perjuicio de I.V., el cual en su primera parte establece que: “[n]adie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Siguiendo el razonamiento del Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, señaló que era importante identificar determinados abusos en la atención médica y hospitalaria, no como meras violaciones al derecho a la salud, sino como formas de tortura y malos tratos y reconoció que “[l]a conceptualización como tortura o malos tratos de los abusos cometidos en entornos de atención de la salud es un fenómeno relativamente reciente”. “260. Agregó que, “como establece la doctrina y la jurisprudencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para que un acto sea considerado como una de las conductas prohibidas por el artículo 5.2 de la [Convención Americana], se debe tener muy en cuenta la situación y las circunstancias particulares de la víctima”. En la especie, recapitulando la historia de vida de I.V., sostuvo que “[u]na mujer con una historia efectiva de tortura en el Perú; de prisión arbitraria por sus ideas; de persecución, que la obliga a refugiarse en un país extraño al suyo; de pérdidas tan cercanas en circunstancias violentas [...], es pues una persona respecto a la cual los umbrales para considerarla como víctima de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes son mucho más bajos que los del común de la gente [...], además de la severidad del daño causado en I.V., su sufrimiento intenso por más de 15 años como secuela de la esterilización forzada a la que fue sometida sin ser consultada y sin obtenerse de ella su consentimiento previo, pleno, libre e informado, y a la luz de las consideraciones precedentes, especialmente las formuladas por los Relatores de la Tortura y por la Corte Europea, queda claro que a I.V. también se le vulneró el derecho contenido en el [a]rtículo 5.2 de la [Convención Americana]”.

“267. Esta Corte ha señalado que la violación del derecho a la integridad física y psíquica de las personas tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según factores endógenos y exógenos de la persona (duración de los tratos, edad, sexo, salud, contexto, vulnerabilidad, entre

Nombre del Caso	Párrafos	Aspectos Relevantes
Masacres de El Mozote y lugares aledaños versus El Salvador ³⁵	147, 155 y 174 ³⁶	Respecto personas que presenciaron hechos de extrema violencia contra otros integrantes de su comunidad, como es el caso de masacres, hechos que siguen afectándolos mientras persista la impunidad, han sido considerados como tratos crueles, inhumanos y degradantes.

otros) que deberán ser analizados en cada situación concreta. Es decir, las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo, y por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos. En este sentido, la Corte recalca que el sufrimiento es una experiencia propia de cada individuo y, en esa medida, va a depender de una multiplicidad de factores que hacen a cada persona un ser único. En este sentido, sería un contrasentido escindir las experiencias pasadas de la forma como un individuo experimenta el sufrimiento. Es por esta razón que al evaluar la intensidad del sufrimiento la Corte tendrá en cuenta los factores endógenos y exógenos”.

“270. Por todo lo anterior, esta Corte concluye que la esterilización no consentida o involuntaria a la que fue sometida la señora I.V., en las circunstancias particulares de este caso que fueron expuestas, constituyó un trato cruel, inhumano y degradante contrario a la dignidad del ser humano y, por lo tanto, configuró una violación del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de la señora I.V” (lo subrayado es nuestro).

35 Sentencia de 25 de octubre de 2012.

36 “147. Por otra parte, la Convención Americana reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la prohibición imperativa de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Este Tribunal ha considerado de forma constante en su jurisprudencia que dicha prohibición ha alcanzado el dominio del ius cogens. De esta forma, se ha conformado un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, y respecto a esta última, se ha reconocido que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a graves lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada “tortura psicológica”. Aunado a ello, la Corte ya ha establecido que “[1]a infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta”.

“155. En suma, correspondía al Estado la protección de la población civil en el conflicto armado y especialmente de los niños y niñas, quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad y riesgo de ver afectados sus derechos. Por el contrario, en el presente caso los agentes estatales actuaron de forma deliberada, al planear y ejecutar

Nombre del Caso	Párrafos	Aspectos Relevantes
Instituto de Reeducación del Menor versus Paragua ³⁷	151, 155, 162, 167 y 174 ³⁸	Se calificaron los castigos o medios de corrección disciplinarios, que se materializaban mediante golpes, asilamiento e incomunicación y las amenazas de torturas, como tratos crueles, inhumanos o degradantes.

a través de las estructuras e instalaciones del Estado, la perpetración de siete masacres sucesivas de adultos mayores, hombres, mujeres, niños y niñas indefensos, en el marco de un plan sistemático de represión a que fueron sometidos determinados sectores de la población considerados como apoyo, colaboración o pertenencia a la guerrilla, o de alguna manera contrarios u opositores al gobierno”.

“174. Los hechos del presente caso permiten concluir que la violación de la integridad personal de los sobrevivientes se ha configurado por las situaciones y circunstancias vividas por ellos, antes, durante y con posterioridad a las masacres, así como por el contexto general en que ocurrieron los hechos, generando afectaciones que se proyectan en el tiempo mientras persistan los factores de impunidad verificados. Con base en todas las anteriores consideraciones, el Tribunal concluye que tales actos implicaron tratos crueles, inhumanos y degradantes, contrarios al artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de las víctimas sobrevivientes” (lo subrayado es nuestro).

37 Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

38 “151. Este Tribunal ha establecido que quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal”.

“155. La restricción de otros derechos, por el contrario -como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso- no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad”.

“162. En íntima relación con la calidad de vida, están las obligaciones del Estado en materia de integridad personal de niños privados de libertad. La calificación de penas o tratos como crueles, inhumanos o degradantes debe considerar necesariamente la calidad de niños de los afectados por ellos”.

“167. Asimismo, en el Instituto se utilizaba como método de castigo el aislamiento, los maltratos y las incomunicaciones, con el propósito de imponer disciplina sobre la población de internos (supra párr. 134.16), método disciplinario prohibido por la Convención Americana. Si bien no ha quedado demostrado que todos los internos del Instituto lo sufrieron, esta Corte ha sostenido que la mera amenaza de una conducta prohibida por el artículo 5 de la Convención Americana, cuando sea suficientemente real e inminente, puede en sí misma estar en conflicto con la norma de que se trata. En otras palabras, crear una situación amenazadora o amenazar a un individuo con torturarlo puede constituir, al menos en algunas circunstancias, un tratamiento inhumano. En el

Nombre del Caso	Párrafos	Aspectos Relevantes
19 comerciantes versus Colombia ³⁹	150 y 267 ⁴⁰	Se describe un extremo sufrimiento experimentado por las víctimas, pero no obstante la detallada descripción de los mismos, se califican como tratos crueles, inhumanos o degradantes. Se indica que era posible inferir que el trato que les dieron a las víctimas mientras estaban con vida fue extremadamente violento, de forma tal que pudieron temer y prever que serían privados de su vida de manera arbitraria y violenta ⁴¹ .

caso sub judice, la amenaza de dichos castigos era real e inminente, creando un clima de permanente tensión y violencia que afectó el derecho a una vida digna de los internos”.
 “176. (...) [F]ue el Estado quien permitió que sus agentes amenazaran, afectaran, vulneraran o restringieran derechos que no podían ser objeto de ningún tipo de limitación o vulneración, exponiendo de manera constante a todos los internos del Instituto a un trato cruel, inhumano y degradante, así como a condiciones de vida indigna que afectaron su derecho a la vida, su desarrollo y sus proyectos de vida, configurándose de este modo una violación de los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 5.6 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y respecto de los niños, leídos también a la luz del artículo 19 de la misma Convención” (lo subrayado es nuestro).

39 Sentencia de 5 de julio de 2004.

40 “150. En el presente caso ha quedado demostrado que se violó el derecho a la integridad personal de los 19 comerciantes, ya que es razonable inferir que el trato que recibieron las presuntas víctimas durante las horas anteriores a su muerte fue agresivo en extremo, máxime si se toma en consideración que los paramilitares consideraban que los comerciantes colaboraban con los grupos guerrilleros. La brutalidad con que fueron tratados los cuerpos de los comerciantes después de su ejecución, permite inferir que el trato que les dieron mientras estaban con vida también fue extremadamente violento, de forma tal que pudieron temer y prever que serían privados de su vida de manera arbitraria y violenta, lo cual constituyó un trato cruel, inhumano y degradante”.

“267. La privación continua de la verdad acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos y, como sostuvo esta Corte en anteriores oportunidades, el derecho de los familiares de las víctimas de conocer lo sucedido a éstas y, en su caso, dónde se encuentran sus restos mortales, constituye una medida de reparación y por tanto una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las víctimas” (lo subrayado es nuestro).

41 Respecto de los familiares, de personas que además de torturas o malos tratos fueron víctimas de desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales, el sufrimiento ocasionado por no saber el paradero de sus seres queridos y la constatación de una completa

Nombre del Caso	Párrafos	Aspectos Relevantes
Bámaca Velásquez versus Guatemala ⁴²	150 y 158 ⁴³	La finalidad de obtener de la víctima información relevante para el ejército, motivó los actos de violencia física y psíquica durante un prolongado período de tiempo, lo que fue permitió su calificación como tortura, tanto física como psicológica.

inactividad investigativa tendiente a investigar los delitos en el territorio nacional, han sido consideradas víctimas de tratos crueles.

En este sentido un caso interesante es el de “Campos Algodonero versus México” en que la Corte calificó el sufrimiento de las madres de las víctimas sistemáticamente desaparecidas y muertas como trato cruel, con el voto concurrente de la jueza Medina, que consideró que en atención a la severidad del sufrimiento, este sufrimiento debía calificarse de tortura (Corte IDH. Caso Campos Algodoneros vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N° 205, párrafos 413, 424 y del voto concurrente 2 y 20).

42 Sentencia 25 de noviembre del año 2000.

43 “150. Como ya lo ha establecido este Tribunal, una “persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad”. A lo anterior habría que agregar que “el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Esta incomunicación produce en el detenido sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, lo coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en los centros de detención. Por todo ello, la Corte ha afirmado que, “en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos [...] la incomunicación debe ser excepcional y [...] su uso durante la detención puede constituir un acto contrario a la dignidad humana”.

“158. La Corte estima que los actos denunciados en el presente caso fueron preparados e infligidos deliberadamente, con el fin de obtener de Efraín Bámaca Velásquez información relevante para el Ejército. Según los testimonios recabados en el presente proceso, la supuesta víctima fue sometida a actos graves de violencia física y psíquica durante un prolongado período de tiempo con los fines antes mencionados y, así, puesta en un contexto de angustia y de sufrimiento físico intenso de modo intencional, lo que no puede calificarse sino como tortura, tanto física como psicológica” (lo subrayado es nuestro).

Nombre del Caso	Párrafos	Aspectos Relevantes
Cantoral Benavides versus Perú ⁴⁴	83, 84, 85, 89, 91 y 104 ⁴⁵	Uno de los elementos endógenos del comportamiento que ha permitido catalogar los hechos como tortura ha sido el referido a la duración, el período de incomunicación y asilamiento de la víctima durante un año, unido a otros elementos como hacinamiento en una celda, sin ventilación ni luz natural y la exhibición de la víctima a la prensa con ropas infamantes, permitió catalogar los hechos como torturas físicas y psicológica. Además fue relevante para la calificación, que pudo acreditarse que los actos ejecutados a través del tiempo, tuvieron un doble propósito, primeramente lograr la inculpación en delitos y luego de la condena sumar un castigo extra a la misma (finalidad).

44 Sentencia de fecha 18 de agosto de 2000.

45 “83. Desde sus primeras sentencias, esta Corte ha establecido que el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

84. En el caso Suárez Rosero (1997) la Corte volvió a pronunciarse sobre la incomunicación y señaló que ésta sólo puede decretarse como una medida excepcional, dado que puede generar una situación de extremo sufrimiento psicológico y moral para el detenido. Así, ha dicho que [u]na de las razones por las cuales la incomunicación es concebida como un instrumento excepcional es por los graves efectos que tiene sobre el detenido. En efecto, el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles.

85. En cuanto a las condiciones de reclusión, la Corte ha dado por probado que el señor Cantoral Benavides fue mantenido durante un año bajo aislamiento riguroso, hacinado con otros presos en una celda pequeña, sin ventilación ni luz natural, y que las visitas que podía recibir estaban sumamente restringidas (supra párr. 63.k). También surge

Nombre del Caso	Párrafos	Aspectos Relevantes
Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez versus Ecuador ⁴⁶	171 ⁴⁷	La situación de aislamiento o incomunicación prologada, o condiciones de privación de libertad bajo el mínimo del estándar internacional para la mantención de personas privadas de libertad, constituyen ejemplos de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

claramente de las pruebas aportadas que la atención médica brindada a la víctima fue muy deficiente (supra párr. 63.g.). Además, ya se ha dejado establecido en esta misma sentencia que 20 días después de haber sido privado de su libertad, cuando aún no había sido procesado, y mucho menos condenado, el señor Cantoral Benavides fue exhibido ante los medios de comunicación, vestido con ropas infamantes, junto a otros detenidos, como autor del delito de traición a la patria (supra párr. 63. i)”.
 “89. Esta Corte ha dejado establecido que la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, [...] las restricciones al régimen de visitas [...], constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2 de la Convención Americana”.

“91. Existen suficientes elementos para afirmar que, además de haber sido incomunicado, y haber sido sometido a condiciones de reclusión muy hostiles y restrictivas, el señor Cantoral Benavides fue en varias ocasiones golpeado y agredido físicamente de otras maneras y que esto le produjo intensos dolores corporales y sufrimientos emocionales (supra párr. 43.a. y 63.f. y j)”.
 “104. Atendiendo al conjunto de las circunstancias del caso y al contexto en que se produjeron los hechos, estima este Tribunal, sin lugar a duda razonable, que cuando menos parte de los actos de agresión examinados en esta causa pueden ser calificados como torturas, físicas y psíquicas. Considera también la Corte que dichos actos fueron preparados e infligidos deliberadamente contra el señor Cantoral Benavides cuando menos con un doble propósito. En la fase previa a la condena, para suprimir su resistencia psíquica y forzarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas. En la etapa posterior a la condena, para someterlo a modalidades de castigo adicionales a la privación de la libertad en sí misma” (lo subrayado es nuestro).

46 Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

47 “171. Asimismo, la Corte ha establecido que el “aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son, por sí mismos, tratamientos crueles e inhumanos, lesivos de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano”. La incomunicación sólo puede utilizarse de una manera excepcional, tomando en cuenta los graves efectos que genera, pues “el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecient[a] el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles” (lo subrayado es nuestro).

Nombre del Caso	Párrafos	Aspectos Relevantes
J. versus Perú ⁴⁸	362, 363 y 364 ⁴⁹	La Corte declaró que el Estado incumplió su deber de respetar la integridad personal, del artículo 5.2 de la Convención Americana y, no obstante haber constatado que la víctima fue detenida, vendada, golpeada, manoseada sexualmente y trasladada al lugar de detención mientras era amenazada de atentados contra su integridad, amenazas que en atención a las circunstancias en que se profirieron, tenían un riesgo real de concreción, no especificó si los hechos constituían torturas u otros tratos.

48 Sentencia de 27 de noviembre de 2013.

49 “362. Por otra parte, esta Corte ha señalado que la violación del derecho a la integridad física y psíquica de las personas tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según factores endógenos y exógenos de la persona (duración de los tratos, edad, sexo, salud, contexto, vulnerabilidad, entre otros) que deberán ser analizados en cada situación concreta. Es decir, las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo, y por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos”.

“364. Para definir lo que a la luz del artículo 5.2 de la Convención Americana debe entenderse como “tortura”, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, se está frente a un acto constitutivo de tortura cuando el maltrato: a) es intencional; b) cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) se cometa con cualquier fin o propósito. Asimismo, se ha reconocido que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada tortura psicológica.

365. La Corte recuerda que al momento de la detención inicial a la señora J. le vendaron los ojos, fue golpeada, manoseada sexualmente y que tras salir del inmueble de la calle Las Esmeraldas no fue llevada directamente a la DINCOTE, sino que estuvo en un automóvil por un tiempo indeterminado mientras posiblemente se realizaban registros de otros inmuebles, tiempo durante el cual fue amenazada (supra párrs. 354 a 356). Al analizar dichos hechos es necesario tomar en cuenta que, al haber estado vendada, la señora J. debió haber estado desorientada lo cual probablemente aumentó su grado de angustia y terror sobre lo que podría suceder. Estos sentimientos se intensificaron

Nombre del Caso	Párrafos	Aspectos Relevantes
Bueno Alves Vs. Argentina ⁵⁰	74, 75, 78, 79, 81, 82, 83 y 86 ⁵¹	

cuando la señora J. fue conducida por algún tiempo sin destino conocido, cuando es presumible que fue amenazada por funcionarios policiales (supra párr. 355), sin ningún tipo de garantía legal. Dentro de este contexto, al haber sido detenida mediante la fuerza, y tras haber sido víctima de una violencia sexual, para la señora J. existía un riesgo real e inmediato de que dichas amenazas se concretasen. Esto además es respaldado por el contexto existente al momento de los hechos.

366. Atendiendo al conjunto de las circunstancias del caso la Corte concluye que los maltratos a los que fue sometida la señora J. al momento de su detención constituyeron una violación del artículo 5.2 que prohíbe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (lo subrayado es nuestro).

50 Sentencia de 11 de mayo de 2007.

51 “74. De la prueba ofrecida, así como de la confesión del Estado respecto a los hechos del presente caso (...), la Corte tiene por demostrado que el señor Bueno Alves fue golpeado en los oídos y en el estómago, insultado en razón de su nacionalidad y privado de su medicación para la úlcera, por agentes policiales, mientras se encontraba detenido bajo su custodia, con el fin de que confesara en contra del señor Pérez Galindo, quien también se encontraba detenido.

75. Una vez que se ha tenido por demostrado los hechos señalados (...), queda por determinar si tales actos constituyen tortura (...).”

“78. Ahora bien, para definir lo que a la luz del artículo 5.2 de la Convención Americana debe entenderse como “tortura”, la Corte debe tomar en cuenta la definición que al respecto hace la primera parte del artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante “CIPST”), así como las diversas definiciones contenidas en algunos de los instrumentos [internacionales] (...).

79. En razón de lo expuesto, la Corte entiende que los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito”.

“81. [En cuanto a la intencionalidad], [l]as pruebas que constan en el expediente acreditan que los actos cometidos fueron deliberadamente infligidos en contra de la víctima y no producto de una conducta imprudente, accidente o caso fortuito.

82. [En cuanto a la finalidad], [e]l señor Bueno Alves denunció en su declaración ante el juez que investigaba los actos de maltrato (...) que éstos tuvieron como propósito que confesara en contra de quien era su abogado, el señor Carlos Alberto Baltasar Pérez Galindo. En vista de ello y teniendo en cuenta la aceptación del Estado, la Corte considera que los maltratos tuvieron como finalidad específica forzar la confesión del señor Bueno Alves.

83. [En cuanto al sufrimiento], (...), al apreciar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos. Los primeros se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los

5. Conclusiones

La Corte Interamericana en varios de sus fallos hace referencia al elemento de gravedad o severidad del maltrato, aunque en algunos casos termina declarando, sin distinguir entre tortura y otros tratos, que el Estado incumplió su deber de respetar la integridad personal, del artículo 5.2 de la Convención Americana, que contiene la prohibición de ambos comportamientos.

En varios de sus fallos, se señalan los elementos que permiten calificar los hechos como constitutivos de tortura, a saber: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito. Usando para dicho efecto tanto la CIPST como otros instrumentos internacionales pertinentes, entendiendo que respecto de la prohibición de la tortura existe un *corpus iuris* internacional.

Los casos vistos, nos permiten concordar con la autora Elizabeth Santalla en que no obstante que la Corte señale como relevante el elemento relativo a la gravedad del sufrimiento, su conceptualización en cada caso es diversa, no habiéndose definido su alcance, pareciendo más clara la consideración del elemento relativo a la finalidad o propósito de los actos u omisiones⁵².

padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal”.

“86. Por todo lo anterior, y tomando en consideración la confesión del Estado (...), esta Corte considera que los hechos alegados por la Comisión y la representante, y probados en este caso, constituyeron tortura en perjuicio del señor Bueno Alves, lo que implica la violación por parte del Estado al derecho consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la persona mencionada” (lo subrayado es nuestro).

52 SANTALLA, Elizabeth. *La múltiple faceta de la tortura y los “otros tratos” en el jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los Tribunales Penales Internacionales* [en línea]. Bogotá, 2010, p. 1332. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31270.pdf>. [fecha de consulta: 11 de noviembre de 2017].

ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE EMPLEADO PÚBLICO PARA LA APLICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES DE TORTURA A LOS TRABAJADORES DE ORGANISMOS COLABORADORES DEL SENAME

Gisela Schoenmakers Ruiz¹⁻²

A partir de los diversos casos que investiga el Ministerio Público por apremios ilegítimos, torturas y maltratos cometidos por funcionarios o empleados contra los niños, niñas y adolescentes que se encuentran internos en centros residenciales del SENAME o en centros de organismos colaboradores acreditados, hemos podido constatar que una parte relevante de los servicios de atención y custodia de niños son cubiertos en nuestro país por instituciones privadas.

El Balance de Gestión Integral del Servicio Nacional de Menores³ correspondiente al año 2016, evidencia que el 96,24% de la oferta total de atención a niños es desarrollada por organismos colaboradores acreditados, mientras que sólo el 3,76% es ejercida directamente por centros y proyectos de administración directa. El mismo documento indica que los Centros y Proyectos administrados directamente por SENAME se concentran básicamente en justicia juvenil, mientras que los programas de Organismos Colaboradores Acreditados asumen prácticamente la totalidad de la oferta en materia de protección de derechos (98.84%)⁴.

Lo anterior reviste importancia para la configuración de los tipos penales de tortura regulados en los artículos 150 A y siguientes del Código Penal y, en especial, para determinar su aplicación a las conductas denunciadas respecto de trabajadores que ejercen la custodia directa de niños en hogares

- 1 Abogada de la Unidad de Asesoría Jurídica, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Artículo basado en el trabajo final de la autora para titularse en el “Diploma de Postítulo en Derechos Humanos: Teoría y Práctica para su protección”, impartido por la Escuela de Postgrado y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.
- 3 SENAME. *Balance de Gestión Integral del Servicio Nacional de Menores 2016*, p. 8. Disponible en: <http://www.sename.cl/web/gestion-institucional/>. [fecha de consulta: 30 de octubre de 2017].
- 4 Ver Tabla N°1: Centros y Proyectos por Área y Tipo de Administración (p. 8), del Balance de Gestión Integral del Servicio Nacional de Menores, que evidencia que al 31 de diciembre de 2016, la oferta pública en materia de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes estaba compuesta por 11 centros de administración directa de SENAME, 6 programas administrados por SENAME y 1.456 programas administrados por Organismos Colaboradores. Disponible en: <http://www.sename.cl/web/gestion-institucional/> [fecha de consulta: 30 de octubre de 2017].

de organismos colaboradores y, en general, respecto de personas que ejercen labores de cuidado de personas vulnerables, en instituciones privadas que complementan la oferta pública.

En efecto, los tipos penales de tortura previstos en los artículos 150 A y siguientes del Código Penal requieren que el sujeto activo ostente la calidad de empleado público o que se trate de un particular en el ejercicio de funciones públicas o que actúe a instigación de un empleado público o con el consentimiento o aquiescencia de éste y, en forma previa a la modificación incorporada por la Ley 20.068 en noviembre del año 2016 –hipótesis que rige para una parte importante de los casos que se investigan actualmente–, sólo admitían como sujeto activo a los empleados públicos y a los particulares que sin revestir la calidad de empleado público participaren en la comisión de estos delitos.

Por otra parte, la calidad que ostentan los trabajadores de organismos colaboradores que se desempeñan en el cuidado de niños, niñas y adolescentes, puede tener relevancia para establecer una eventual responsabilidad del Estado y/o de sus autoridades por los delitos que aquellos cometan en el ejercicio de sus funciones, ya sea a nivel interno, llevando la imputación penal a otros niveles jerárquicos o a esferas internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que se analizará a la luz de la jurisprudencia de dicho tribunal internacional.

1. Tipos penales de tortura en Chile

Si bien la tipificación de los tormentos tiene una larga data en nuestro país, para los efectos de este artículo reviste interés abordar la situación que se produce a partir del año 1998 con la dictación de la Ley 19.567 que modifica el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal en lo relativo a la detención y dicta normas de protección a los derechos del ciudadano, incorporando los artículos 150 A y 150 B en el párrafo cuarto del Libro Segundo del Código Penal bajo el epígrafe “De los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantizados por la Constitución”.

Nominalmente estos delitos hablaban de “apremios ilegítimos” y no de torturas, no obstante ello, existe consenso a nivel nacional⁵ que el objeto de dicha modificación fue dar cumplimiento a los compromisos internacionales suscritos por Chile en materia de derechos humanos y hacer consistente nuestra legislación con la regulación contenida en la Convención de Naciones

5 Historia de la Ley 19.567 [en línea], ver págs. 81, 96, 190, 324. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=120617> [fecha de consulta: 12 de noviembre de 2017].

Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, ratificadas por nuestro país en septiembre de 1988.

El artículo 150 A⁶ sancionaba al empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, mientras que el artículo 150 B⁷ sancionaba al que sin revestir la calidad de empleado público (extraneus) participare en la comisión de los delitos descritos en el artículo 150 A, aplicándoles la misma pena que a los autores cualificados.

La redacción de los artículos 150 A y 150 B fue objeto de múltiples críticas a nivel nacional e internacional⁸, porque no se ajustaban plenamente a la definición de tortura que contenían las convenciones suscritas por nuestro país; no incorporaban todas las hipótesis que pueden llevar a un sujeto a infligir tortura a otro, tales como, aquellas relacionadas con el castigo, la coacción o la

6 Artículo 150 A Ley 19.567. “El empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación, será castigado con las penas de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente.

Las mismas penas, disminuidas en un grado, se aplicarán al empleado público que, conociendo la ocurrencia de las conductas tipificadas en el inciso precedente, no las impidiere o hiciera cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello.

Si mediante alguna de las conductas descritas en el inciso primero el empleado público compeliere al ofendido o a un tercero a efectuar una confesión, a prestar algún tipo de declaración o a entregar cualquier información, la pena será de presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo y la accesoria correspondiente.

Si de la realización de las conductas descritas en este artículo resultare alguna de las lesiones previstas en el artículo 397 o la muerte de la persona privada de libertad, siempre que el resultado fuere imputable a negligencia o imprudencia del empleado público, la pena será de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo a medio y de inhabilitación absoluta perpetua”.

7 Artículo 150 B Ley 19.567. “Al que, sin revestir la calidad de empleado público, participare en la comisión de los delitos sancionados en los dos artículos precedentes, se le impondrán las siguientes penas:

1°. Presidio o reclusión menor en su grado mínimo a medio, en los casos de los artículos 150 y 150 A, inciso primero;

2°. Presidio o reclusión menor en su grado medio a máximo, en el caso del inciso segundo del artículo 150 A, y 3°. Presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, si se tratare de la figura del último inciso del artículo 150 A.

En todos estos casos se aplicarán, además, las penas accesorias que correspondan”.

8 ONU. *Conclusiones y recomendaciones para Chile del Comité Contra la Tortura de las Naciones Unidas*, ver documentos correspondientes a los años 2004 y 2009. Disponibles en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3368.pdf?view=1> y <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2010/06/CAT-CHILE-2009.pdf> [fecha de consulta: 30 de noviembre de 2017].

discriminación; contenían una reducción de pena injustificada para aquellos que conociendo la ocurrencia de estas conductas y teniendo la autoridad necesaria para ello, no las impidieren o hiciere cesar, ni contemplaba una graduación adecuada en la sanción de conductas que no llegasen a constituir tortura, entre otras críticas.

En efecto, atendida la redacción del artículo 150 B del Código Penal, muchos entendían que el particular sólo podía ser sancionado por este delito cuando participare junto con un funcionario público en la comisión de conductas calificadas como tortura y no cuando realizaba estas conductas en forma autónoma, independientemente de la función que estuviere cumpliendo. Bajo esta interpretación, sostenían que los particulares que incurrieren en conductas de torturas y/o tratos crueles inhumanos y degradantes sólo podían ser sancionados por ello, si actuaban instigados o por orden de un funcionario público o con su complicidad⁹.

Estas normas fueron modificadas en noviembre del año 2016 por la Ley 20.068 que tipificó los delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes, subsanando varios de los problemas antes planteados. No obstante ello, una parte importante de los casos de torturas y maltratos contra niños, niñas y adolescentes vinculados a SENAME y sus organismos colaboradores, que investiga actualmente el Ministerio Público, ocurrieron bajo la vigencia de la antigua normativa y no de la Ley 20.068, de modo que resulta relevante esclarecer el alcance del concepto de funcionario público, para determinar la procedencia de aplicar estos tipos penales a los funcionarios de estos organismos, tanto bajo la vigencia de la nueva ley como de la antigua.

Uno de los temas que generó mayor debate durante la discusión de este proyecto fue la determinación del sujeto activo, es decir, si estos delitos sólo podrían cometerse por funcionarios públicos o por cualquier persona (sujeto común). Sobre el punto, el INDH planteó: *“Este es un punto crucial, ya que a juicio del INDH la tortura debe ser cometida por un agente del Estado para considerarla como tal. En cambio, si un particular comete tortura, lo que ocurre es un concurso en delitos comunes, ya sea lesión, mutilación u otro. En la legislación comparada únicamente en Colombia se tipifica la tortura como un delito de sujeto común, y ello se explica por la coyuntura política del país, caracterizada por la existencia de grupos de poder paralelos que ejercen un control efectivo de parte del territorio de ese país. Aunque se suele citar también los casos de Argentina y España*

9 La Historia de la Ley 20.968 [en línea], contiene múltiples referencias a esta interpretación, a modo ejemplar, es posible ver en el Primer Trámite Constitucional, p. 107; Segundo Trámite Constitucional, Discusión en Sala, p. 16. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5879/> [fecha de consulta: 1 de diciembre de 2017].

como países donde la figura típica está construida en torno a un sujeto común, ello no es así en un sentido estrictamente jurídico.

El delito de tortura es pluriofensivo y de función. Una de las razones de su tratamiento como delito con sujeto especial es el bien jurídico protegido: persigue garantizar el correcto ejercicio de la función en aquellos que tienen legitimidad para ejercer la fuerza.

Es necesario poner de relieve que tanto a nivel de las Naciones Unidas como del Sistema Interamericano se considera sujeto activo de este delito a un agente del Estado o a un particular con aquiescencia de un agente del Estado. La opinión mayoritaria de los tratadistas señala que la condición de funcionario público está ligada a la historia semántica de la tortura, y así debe seguir...¹⁰.

Quienes sostuvieron la postura contraria –es decir, que estos delitos podían ser cometidos por cualquier persona y no requerían la intervención de un sujeto activo cualificado para su configuración– planteaban, entre otros argumentos, que las definiciones contenidas en las convenciones internacionales establecían a los Estados parte mínimos y no máximos legales¹¹, de modo que, nada obstaba a que nuestra legislación contemplase una regulación de tortura más extensiva, como ocurre en otros países.

Finalmente, la nueva redacción privilegió un acercamiento con las definiciones contenidas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes y en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, señalando que las conductas de tortura pueden ser cometidas por: a) Empleados públicos que incurren en estas conductas, b) Particulares que actúen en ejercicio de funciones públicas y c) Particulares que actúen a instigación o con el consentimiento o aquiescencia de funcionarios públicos.

Los profesores Matus y Ramírez¹², consideran innecesaria la inclusión de “*los particulares que actúen en el ejercicio de funciones públicas*”, por estimar que, si bien no resulta perturbadora para la interpretación de estos delitos, la introducción de esta frase parece una redundancia en relación a lo dispuesto en el artículo 260 del Código Penal, que califica como empleado público, precisamente para los delitos de este párrafo, a “todo el que desempeñe un

10 Historia de la Ley 20.968. Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos, ob. cit., p. 5.

11 Art. 1 N° 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura. “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”.

12 MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2017, p. 192.

cargo o función pública”, lo que podría complicar la interpretación del artículo 260 del Código Penal para otras figuras.

Se podría discrepar de dicha interpretación ya que, como veremos en el punto 3 de este texto referido a los conceptos de funcionario público y función pública, la definición de empleado público prevista en el artículo 260 del Código Penal, contiene exigencias adicionales al mero desempeño de un cargo o función pública.

2. Servicio Nacional de Menores y sus organismos colaboradores

2.a) Normativa aplicable

El Servicio Nacional de Menores (SENAME) es un organismo público centralizado, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, creado mediante el Decreto Ley N° 2.465 del 10 de enero de 1979, cuya misión según el artículo 1 de dicha norma es: *“... contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos y a la reinserción social de adolescentes que han infringido la ley penal, de conformidad al artículo 2° de esta ley. Para dicho efecto, corresponderá especialmente al SENAME diseñar y mantener una oferta de programas especializados destinados a la atención de dichos niños, niñas y adolescentes, así como estimular, orientar, y supervisar técnica y financieramente la labor que desarrollen las instituciones públicas o privadas que tengan la calidad de colaboradores acreditados”*.

La oferta pública de atención a la niñez y la adolescencia está conformada en Chile por programas o residencias de administración directa del SENAME y por programas y/o residencias de los denominados organismos colaboradores acreditados. La actividad del SENAME en esta materia es supletoria, procediendo sólo a falta de privados que intervengan en las respectivas licitaciones (artículo 3° N° 4 del DL 2.465).

El sistema de atención a niños, niñas y adolescentes que se ejecuta a través de la red de Colaboradores Acreditados del SENAME y su régimen de subvención, está regulado en la Ley N° 20.032, de 25 de julio de 2005, que establece la forma y condiciones en que el SENAME debe subvencionar a los colaboradores acreditados y velar para que la acción desarrollada por éstos, respete y promueva los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, que son los sujetos y participantes de los servicios ofrecidos, tal y como está contenido en la Constitución Política del Estado y en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por su parte, el Decreto Supremo N° 841, de 2005, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que contiene el Reglamento de la Ley 20.032, modificado por los Decretos Supremos N° 208, de 2007, N° 1097, de 2009,

N° 105, de 2012, N°s 680 y 806, ambos de 2014 y N° 1028, de 2016, todos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, determina la forma de cálculo de la subvención para cada una de sus líneas de acción y modalidades de intervención.

En dicho contexto, el artículo 4 N° 1 de la Ley 20.032 señala que son colaboradores: *“las personas jurídicas sin fines de lucro que, con el objeto de desarrollar las acciones a que se refiere el artículo anterior, sean reconocidas como tales por resolución del Director Nacional del SENAME, en la forma y condiciones exigidas por esta ley y su reglamento.*

Las personas naturales podrán ser reconocidas como colaboradores acreditados, para el solo efecto de desarrollar la línea de acción de diagnóstico, en conformidad con el procedimiento dispuesto en el inciso anterior.

Las instituciones públicas que ejecuten o entre cuyas funciones se encuentre desarrollar acciones relacionadas con las materias de que trata esta ley, no requerirán de dicho reconocimiento”.

Por su parte el artículo 1 del Reglamento N° 841 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos establece que: *“El Servicio Nacional de Menores, en adelante SENAME, mediante resolución de su Director o Directora Nacional podrá reconocer como colaborador acreditado a:*

- 1) Personas jurídicas sin fines de lucro que dentro de sus objetivos contemplen el desarrollo de acciones acordes con los fines y objetivos de la ley; y,*
- 2) Personas naturales que tengan idoneidad, y título profesional para el solo efecto del desarrollo de la línea de acción de diagnóstico.*

Las instituciones públicas que desarrollen directamente las mismas actividades señaladas en el N° 1 del presente artículo, no requerirán de dicho reconocimiento, sin perjuicio de lo cual deberán cumplir los requisitos establecidos en la ley 19.862”.

En consecuencia, pueden ejercer el rol de colaboradores acreditados que desarrollen la línea de acción de centros residenciales –que es la que nos interesa para los efectos de este estudio, pues es allí donde se han detectado una mayor incidencia de situaciones de vulneración y maltrato a niños, niñas y adolescentes– las siguientes personas:

1. Personas jurídicas sin fines de lucro que dentro de sus objetivos contemplen el desarrollo de acciones acordes con los fines y objetivos de la ley y que sean reconocidas como colaboradores acreditados por una resolución del Director o Directora Nacional del SENAME.
2. Instituciones públicas que desarrollen directamente las mismas actividades (en este caso no se requiere reconocimiento del Director o Directora Nacional del SENAME).

El reconocimiento como colaborador acreditado puede solicitarse en cualquier momento, sin perjuicio de lo cual, el SENAME debe realizar llamados públicos a presentar antecedentes a lo menos una vez al año (art. 8 Ley 20.032).

Ahora bien, para la transferencia de las subvenciones el SENAME debe llamar a un concurso de proyectos relativos a las diversas líneas de acción reguladas –en este caso, línea de acción residencial–, el cual se rige por las bases administrativas y técnicas que para dicho efecto elabore el servicio y una vez seleccionados dichos proyectos el SENAME debe celebrar un convenio con los colaboradores acreditados que hayan sido seleccionados en el proceso (art. 25 Ley 20.032).

Excepcionalmente, el SENAME puede omitir estos llamados a concurso tratándose de los llamados “proyectos de emergencia” a que se refiere la letra f) del número 3.2 del art. 4 de la Ley 20.032¹³ y de Gendarmería de Chile para los efectos de lo dispuesto en el artículo 4 transitorio de la misma ley¹⁴. Asimismo, mediante resolución fundada el SENAME puede exceptuarse de la licitación y establecer convenios en forma directa, en dos situaciones: 1) Cuando habiéndose realizado el respectivo llamado a concurso, éste hubiese sido declarado desierto por no existir colaboradores acreditados interesados. 2) Cuando se trate de asegurar la continuidad de la atención a niños, niñas y adolescentes usuarios de algún proyecto que haya debido terminarse anticipadamente (art. 25 Ley 20.032 y art. 11 Dto. 841).

Finalmente, el artículo 23 del Dto. 841 al referirse a la transferencia de estas subvenciones señala que: *“El SENAME transferirá a los colaboradores acreditados adjudicatarios de un proyecto una subvención, entendiéndose por tal, el auxilio económico que se traduce en una transferencia de fondos que salen del patrimonio fiscal incorporándose al del ente receptor, sin cargo de la institución, para ser utilizados en los objetivos prefijados por la ley.*

Tratándose de colaboradores acreditados que sean personas naturales o jurídicas de derecho privado, tales recursos quedarán desafectados de su naturaleza de públicos, adquiriendo la calidad de particulares”.

13 Art. 4 N° 3.2. letra f) L. 20.032 “Programa de Emergencia: tendiente a apoyar a los colaboradores acreditados frente a situaciones de emergencia o catástrofe que pudieran afectar la normal atención de los niños, niñas y adolescentes”.

14 Artículo 4° Transitorio Ley 20.032: “Mientras de acuerdo a la ley los menores de 18 años infractores a la ley penal, permanezcan en establecimientos penitenciarios administrados por Gendarmería de Chile, dicha atención podrá subvencionarse bajo la línea centros residenciales con un valor de 6,8 US\$ por niño atendido. Esta modalidad de atención estará excluida del sistema de licitación previsto en la presente ley”.

2.b) Relación entre el SENAME y los organismos colaboradores

Un análisis superficial de la normativa que regula la relación entre el SENAME y sus organismos colaboradores, permite observar que el Servicio Nacional de Menores, ejerce respecto de ellos un rol de mera supervisión o fiscalización y de administrador de recursos para subvenciones, labor que resulta en extremo restrictiva a la luz de las obligaciones del Estado en materia de protección de la infancia y de derechos humanos y, lamentablemente, se ha visto reforzada por una interpretación aún más limitada de este Servicio en cuanto a la extensión de sus atribuciones.

Esta postura ha sido refrendada por nuestros tribunales de justicia al sostener que no corresponde que dicho organismo responda civilmente por los hechos dañosos causados por dependientes de los organismos colaboradores, si ha cumplido los deberes de impartir instrucciones y de supervisión. En efecto la Excma. Corte Suprema en causa Rol 3848-12, caratulada “S.P., H. A. Con Fisco de Chile”, conociendo de un recurso de casación en el fondo presentado por el Fisco contra la sentencia de segunda instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, con fecha 19 de junio de 2013 en autos Rol N° 2305- 2008¹⁵, que condenó al Fisco de Chile al pago de una suma de \$90.000.000 (noventa millones de pesos) por el daño moral que sufriera el actor con motivo del fallecimiento de su hija al interior del Hogar “Mi Familia” colaborador del SENAME, resolvió: *“DÉCIMO: ...La lectura de los cambios de las disposiciones y la historia de dicha ley confirma que la decisión del legislador antes y después de las modificaciones ha sido que el Servicio Nacional de Menores respecto de las entidades colaboradoras sólo tiene un rol de supervisor o fiscalizador y una función en materia de asignación de recursos. Por lo tanto, no corresponde que dicho organismo responda civilmente por los hechos dañosos causados por dependientes de estas instituciones, si ha cumplido los deberes de impartir instrucciones y de supervisión...”*.

La interpretación del SENAME y el considerando antes transcrito, evidencian una visión restrictiva en la valoración de la responsabilidad del Estado por la

15 La demanda fue presentada por el Sr. H.S.P. contra el Fisco de Chile por estimar que el Servicio Nacional de Menores incurrió en falta de servicio, debido al fallecimiento por asfixia de su hija L.S.G., de 1 año 9 meses de edad, al interior del Hogar Mi Familia de la ciudad de Viña del Mar. La lactante había sido derivada a dicha institución por el Tercer Juzgado de Menores de Valparaíso, que decretó el cuidado provisorio de la niña a cargo del Servicio Nacional de Menores, órgano que la derivó al Hogar “Mi Familia” (Organismo colaborador del SENAME), en dicho contexto, la niña sufre una asfixia ocasionada por una neumonitis viral, acreditándose en la causa que, pese a los síntomas presentados por la niña en forma previa a su fallecimiento, los funcionarios que estaban a cargo de su cuidado, omiten adoptar las medidas necesarias para proveerla de atención médica oportuna.

conducta de terceros, especialmente, tratándose de servicios externalizados por el propio Estado y que además, dicen relación con el cuidado de niños, niñas y adolescentes, quienes, atendida su especial vulnerabilidad, están sujetos a una protección reforzada de sus derechos humanos.

En efecto, el artículo 3 N° 1 de la Convención de los Derechos del Niño establece el deber de toda institución pública o privada de bienestar social de atender prioritariamente al interés superior del niño¹⁶, mientras que los N°s 2 y 3 de este artículo dan cuenta de los compromisos suscritos por el Estado en esta materia: *“2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

Por su parte el artículo 6 N° 2 de la CDN obliga a los estados a garantizar *“en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.*

Mientras que el artículo 19 CDN señala que: *“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.*

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

16 Sobre el punto ver Observación General N° 14 del año 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1 CDN), del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

3. Conceptos de funcionario público y función pública en nuestro derecho interno

El concepto de empleado público aplicable en Chile al ámbito penal se encuentra regulado en el artículo 260 del Código Penal que señala: *“Para los efectos de este título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado público todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”*.

Si bien el tenor de la norma ha generado debate doctrinario y jurisprudencial respecto a su alcance –por cuanto pareciera restringir su aplicación al párrafo IV del título III y al título V del libro II del Código Penal–, tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria en nuestro país¹⁷, consideran que el concepto penal de funcionario público previsto en el artículo 260 resulta aplicable a todo el ámbito penal y no sólo a los delitos expresamente regulados en dichos párrafos.

Esta definición consagra un concepto funcional de empleado público, que privilegia la naturaleza de la función que se ejerce por sobre criterios formalistas, como la modalidad de contratación. Al respecto, el profesor Etcheberry señala: *“Para el derecho penal, puede decirse que la función crea al empleado y no a la inversa”*¹⁸.

En dicho sentido, en el denominado caso MOP- GATE, la Excma. Corte Suprema señaló en fallo Rol N° 2.321-07, de 19 de mayo de 2008, que el concepto de funcionario público consagrado en el Código Penal puede desglosarse en dos elementos constitutivos principales, a saber: a) El empleado público para ser tal, debe ejercer un cargo o función pública y b) Tal quehacer

17 Etcheberry, Rodríguez Collao y María Magdalena Ossandón plantean que la norma debe aplicarse extensivamente a todos los casos en que la ley penal se refiere a empleados o funcionarios públicos como sujetos activos de delito y no sólo a los tipos penales previstos en los párrafos señalados. En el mismo sentido se pronuncia la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 2321-07, de 19 de mayo de 2008 (considerandos cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero). Opina en contrario el profesor Gustavo Labatut, quien atendiendo el tenor literal de la norma sostiene que el artículo 260 del Código Penal resulta aplicable únicamente a los delitos contemplados en los títulos expresamente incorporados y que para el resto de los delitos, regiría el concepto de empleado público fijado por el Estatuto Administrativo.

18 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal parte especial*, 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1997, Tomo IV, p. 205.

debe servirse en un organismo creado por el Estado o dependiente de él, sea o no de elección popular¹⁹.

En el mismo fallo, la Corte Suprema plantea: “*CUADRAGÉSIMO SEXTO.- Que, en efecto, al ser pasibles de cometer delitos ministeriales no sólo las personas que ocupan un cargo público, sea de planta o a contrata, sino también aquellas que adscriben a una función pública, la condición de potenciales sujetos activos de esta categoría de ilícitos se ha ensanchado ostensiblemente, para encerrar en la noción correspondiente a todos los que cumplen tareas en el sector público —y no tan sólo en la Administración del Estado— con el solo requisito de prestar servicios en un órgano del Estado, aun ajeno al Poder Ejecutivo. Así sucede con los parlamentarios, encargados inequívocamente de funciones públicas en órganos de creación estatal, según el amplio alcance que a esta noción atribuye el actual artículo 8° de la propia Carta Fundamental, sin que la circunstancia de ser los primeros elegibles por votación popular, altere esta conclusión, por expresa formulación en tal sentido en el acápite final del artículo 260, analizado.*

A similar deducción, relativa al alcance amplio de dicho precepto, arriba Etcheberry (Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal, Parte Especial, EJCH., T. IV, 3ª. ed., 1.997, pág. 206).

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO.- Que la expresión función pública significa función del Estado, enfoque desde el cual cabe hablar de una función pública legislativa, administrativa y judicial, siendo bastante, para ser titular de ella, con disponer de investidura suficiente, emanada de autoridad competente. En esta perspectiva, ninguna relevancia tiene que el empleado ocupe o no un cargo público o que lo sirva a honorarios o incluso ad honores, en la medida que el propio legislador ha restado toda importancia a este factor remuneratorio como antecedente para elaborar su concepto, en la disposición penal tantas veces citada...”.

3.a) Concepto de cargo o función pública

Conforme a los criterios antes expuestos, es posible sostener que en Chile ostentan la calidad de empleados públicos quienes adscriben a una función pública cumpliendo tareas en el sector público y prestan servicios en un órgano del Estado, independientemente de cual sea su modalidad de contratación.

En cuanto a la noción de función pública, el profesor español Carlos Mir Puig²⁰ sostiene que es posible analizarla desde una triple perspectiva:

19 Corte Suprema, 19 de mayo de 2008, Rol N° 2.321-07, considerando cuadragésimo cuarto. Caso MOP-GATE.

20 MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la Administración Pública*. Barcelona, España, Editorial J.M Bosch, 2000, págs. 23 y 24.

- i. Desde una perspectiva teleológica o finalista: La función pública se caracteriza, en cualquiera de sus manifestaciones, por su contenido final, es decir, persigue la satisfacción de necesidades materiales de interés general, en otras palabras tiende al bien común, en el sentido que tiene la finalidad de alcanzar el interés general o público mediante la prestación de determinados servicios.
- ii. Desde una concepción objetiva o formal: Dice relación con el sector del ordenamiento jurídico que contemple el régimen de giro del ente público; es decir, si su giro o actividad está sometido al derecho público, serán funciones públicas y si está sometido al derecho privado, serán funciones privadas.
- iii. Desde una concepción mixta que combina criterios teleológicos - subjetivos y objetivos: Señala que para la construcción del concepto de función pública, es necesario que concurren tres requisitos: a) uno subjetivo donde función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público, b) uno teleológico, que concibe el concepto de función pública como aquella que persigue fines públicos y c) uno objetivo para el cual función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al derecho público. El autor plantea que para esta última concepción el elemento esencial es el elemento teleológico, cuya ausencia privaría del carácter público a la acción.

3.b) Organismos creados por el Estado o dependientes de él, situación del SENAME

Es posible encuadrar en esta categoría a todos los órganos del Estado, descritos y regulados por la Constitución Política de la República, así como, aquellos a que se refiere el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado –cuyo texto actualizado fue fijado por el DL N° 1/19.653, de 13 de diciembre de 2001– y también a quienes se encuentren regulados por estatutos especiales, incluyendo a quienes se desempeñen como gerentes, directores, administradores y funcionarios de empresas públicas creadas por ley (estén dotadas o no de estatuto jurídico propio y rigiéndose por la ley común aplicable a los particulares) y en las corporaciones municipales dedicadas al cumplimiento de funciones municipales de educación y salud, siempre que no exista una norma expresa que los excluya de esta denominación o existan normas especiales de responsabilidad, ello independiente de que se encuentren vinculados por contrato de trabajo o contrato a honorarios, como en el caso de los trabajadores de CODELCO, EFE, Banco Estado, y Servicio Agrícola y Ganadero, entre otros²¹.

21 OFICIO FN N° 699/2014 de 22 de septiembre de 2014, Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de corrupción. Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=0> [fecha de Consulta: 30 noviembre de 2017].

El inc. 2 del artículo 1 de la Ley 18.575 sobre Bases de la Administración del Estado señala que: *“La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”*.

Por su parte el artículo 25 de la referida ley señala que: *“Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua”*. Conforme a ello, el Servicio Nacional de Menores (SENAME) es un servicio público centralizado, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y por tanto quienes trabajan en dicho servicio tienen la calidad de empleados públicos, independientemente de cual sea su modalidad de contratación.

Refuerza esta idea lo señalado en el artículo 1 inc. 3 del DL 2.465: *“El Servicio Nacional de Menores deberá considerarse incluido en la enumeración del artículo 1° del decreto ley N° 249, de 1973, su personal se regirá por el decreto con fuerza de ley N° 338, de 1960, y estará afecto al régimen previsional de la Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas”*. En otras, palabras, los funcionarios de este servicio están afectos a la escala única de sueldos de la administración pública y se les aplica el Estatuto Administrativo, así como el régimen previsional de empleados públicos.

Ahora bien, respecto de los organismos colaboradores que desarrollan la línea de acción residencial, la situación no es tan clara y debe resolverse caso a caso, según las características concretas de la institución que presta dicho servicio. Como vimos previamente, la línea de acción residencial, además del SENAME, puede ser ejercida por instituciones públicas que desarrollen directamente las mismas actividades, como ocurre por ejemplo, con Gendarmería de Chile en los centros internación –en cuyo caso no hay duda que quienes se desempeñan bajo su dependencia son funcionarios públicos–, así como, por personas jurídicas sin fines de lucro que dentro de sus objetivos contemplen el desarrollo de acciones acordes con los fines y objetivos de la ley.

En este punto, viene al caso hacer referencia a una sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Castro, RUC 0810015857-5, RIT 36-2009, de 7 de octubre de 2009, en la que resuelve que la Directora de un Centro de Educación Integrada de Adultos perteneciente a una Corporación de Educación Municipal, imputada por un delito de falsificación de instrumento público, no obstante pertenecer a una corporación de

derecho privado ostenta la calidad de empleada pública²², en virtud de los siguientes argumentos: considerando DECIMOSÉPTIMO: “... Otro elemento que debe ser tenido en consideración, lo encontramos en el artículo 1 de la ley 19.653, que incluye, como órgano de la Administración del Estado, a las Municipalidades, resultando relevante, en lo que interesa, lo que a su turno dispone este cuerpo normativo en su artículo 37, conforme al cual, “los servicios públicos podrán encomendar la ejecución de acciones y entregar la administración de establecimientos o bienes de su propiedad, a las Municipalidades o a entidades de derecho privado, previa autorización otorgada por ley y mediante la celebración de contratos, en los cuales deberá asegurarse el cumplimiento de los objetivos del servicio y el debido resguardo del patrimonio del Estado”.

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que una de las facultades de las Municipalidades para el acabado cumplimiento de sus cometidos, es la de crear corporaciones de derecho privado, que entre otros objetivos, sean dirigidas a finalidades de educación y cultura, reguladas estas en la Ley Orgánica de Municipalidades, específicamente, en su artículo 131, erigiéndose como autoridad, en la Corporación sub judice y conforme a los contratos ya descritos, el propio Alcalde que toma la función de empleador.

En el análisis que se viene proponiendo, no puede ser obviada la circunstancia que el nexo existente entre las autoridades municipales y las de la respectiva Corporación resultan más que evidentes, por cuanto el superior de una y otra, lo es el Alcalde respectivo, en consonancia con lo estatuido en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Municipalidades, que regula la existencia de una Unidad especial para los efectos de prestaciones de servicios en educación y salud, al tenor de lo que disponen sus artículo 2 y 56; de ahí que las contrataciones respectivas, resulten hechas por esta autoridad edilicia, quien se presenta en los contratos a que se ha hecho referencia, como “el empleador”, conclusión que así resulta respaldada por documental expresa, cumpliéndose el mandato legal contenido en el artículo 12 del Decreto con Fuerza de Ley 1-3.063.

Finalmente, se ha estimado propicio recordar que si bien toda Corporación Municipal es una persona jurídica de derecho privado, constituida, se entiende, al amparo del artículo 129 de la Ley 18.695 y del Decreto Ley 3.063 de 1.979 sobre Rentas Municipales, los recursos que la financian, provienen igualmente de aquello que la respectiva Municipalidad le provea, conforme lo disponen los artículos 13 y 14 de la Ley Orgánica respectiva, señalándose, a modo

22 En el mismo sentido, sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, dictada en causa Rit 196-2008, RUC N° 0600635930-0, de 04 de abril de 2010, considerando 8°, ratificada por la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 14 de julio de 2010, rol ingreso de Corte N° 199-2010.

ejemplar en la letra e) de la primera disposición antes referida, que incluso una forma de financiamiento es la que deriva de los propios servicios que presten establecimientos de su dependencia, en concordancia con lo que dispone el artículo 3 del Decreto Ley antes citado, o bien, al tenor de lo que dispone la letra g) del artículo 14 ya referido, apareciendo que de este modo, que los recursos empleados en la prosecución de estos fines, son los obtenidos a partir de la recaudación de la generalidad de los habitantes, es decir, dineros públicos, reunidos a través de tributos especiales o cargas impositivas, o bien, que les son entregadas desde el Fondo Común Municipal, no obstante que el antes dicho artículo 13, separa la administración financiera, sujetándola a las normas de derecho privado, pero en todo caso, bajo la supervigilancia de la Contraloría General de la República, por lo demás así también lo declaró Juan Galleguillos Herrera, al afirmar que el principal sostenedor del CELA era la Municipalidad de Ancud".

4. Concepto de empleado público en el Derecho Internacional

El Artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes, señala que: *"1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.*

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance".

Por su parte, el artículo 3 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, plantea que: *"Serán responsables del delito de tortura: a. los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.*

b. Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices".

Estos tratados no definen el concepto de empleado público y función pública, de modo que, para acceder a una definición internacionalmente válida en la materia, es preciso acudir a la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ratificada por nuestro país el 27 de octubre de 1998, la cual plantea en su artículo primero que para los efectos de interpretar dicha convención, se entenderá por “Función pública”, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos y por “Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

Por su parte, la Convención de Las Naciones Unidas contra la Corrupción, señala en su artículo segundo que: *“a) Por ‘funcionario público’ se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como ‘funcionario público’ en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por ‘funcionario público’ toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”.*

5. Responsabilidad del Estado por la acción de particulares en la jurisprudencia de la CIDH

A continuación se transcriben considerandos de algunos fallos atinentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que dan cuenta de los criterios que aplica dicho tribunal en materia de responsabilidad internacional del Estado por la acción de particulares o de terceros no identificados y que nos resultan vinculantes en virtud del control de convencionalidad que deben efectuar los Estados miembros.

1. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia de fecha 4 julio 2006

Antecedentes de Hecho: El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado de Brasil por la muerte y maltratos a los que fue sometido el Sr. Damião Ximenes Lopes al interior de una institución mental privada, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables. El Sr. Ximenes Lopes fue admitido en la Casa de Reposo Guararapes, que si bien era una institución privada, complementaba la oferta pública de salud mental en la zona, ingresando como paciente del Sistema Único de Salud (SUS), en perfecto estado físico, el día 1 de octubre de 1999. Al interior del centro fue víctima de golpes y contenciones físicas que ocasionaron su muerte el día 4 de octubre de 1999. Sus familiares interpusieron una serie de denuncias y recursos, sin embargo no se realizaron mayores investigaciones ni se sancionó a los responsables.

(El destacado no corresponde al texto original)

86. Los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención, pueden ser tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado, como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos. No obstante, entre esos dos extremos de responsabilidad, se encuentra la conducta descrita en la Resolución de la Comisión de Derecho Internacional, de una persona o entidad, que si bien no es un órgano estatal, está autorizada por la legislación del Estado para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental. Dicha conducta, ya sea de persona física o jurídica, debe ser considerada un acto del Estado, siempre y cuando estuviere actuando en dicha capacidad.

92. El artículo 199 de la Constitución dispone que “[l]a asistencia de salud es libre a la iniciativa privada”, es decir, las empresas privadas pueden prestar atención privada de salud, la cual será totalmente pagada por los usuarios. Sin embargo, el párrafo primero del mismo artículo 199 establece que “[l]as instituciones privadas podrán participar de forma complementaria en el [S]istema [Ú]nico de [S]alud, de acuerdo con las directrices del mismo, mediante contrato de derecho público o convenio, dándose preferencia a las entidades filantrópicas y las sin fines lucrativos”. La iniciativa privada puede también proveer servicios para el sistema público de salud, caso en el cual la atención que presta es financiada por el Estado y tendrá carácter público.

95. Cuando la atención de salud es pública, es el Estado el que presta el servicio directamente a la población, mediante su Sistema Único de Salud. El servicio de salud público del SUS es primariamente ofrecido por los hospitales públicos; sin embargo, la iniciativa privada, de forma complementaria, y mediante la firma de convenios o contratos, cuando en cierta región del

país no existan hospitales públicos suficientes para atender a la demanda de pacientes, también provee servicios de salud bajo los auspicios del SUS. En ambas situaciones, ya sea que el paciente esté internado en un hospital público o en un hospital privado que tenga un convenio o contrato con el SUS, la persona se encuentra bajo cuidado del servicio público de salud brasileño, es decir, del Estado.

96. La prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible.

100. En el presente caso, la Casa de Reposo Guararapes, en donde falleció Damião Ximenes Lopes, era un hospital privado de salud que fue contratado por el Estado para prestar servicios de atención psiquiátrica bajo la dirección del Sistema Único de Salud, y actuaba como unidad pública de salud en nombre y por cuenta del Estado (infra párr. 112.55). Por consiguiente, el Estado es responsable por la conducta del personal de la Casa de Reposo Guararapes, la que ejercía los elementos de autoridad estatal al prestar el servicio público de salud bajo la dirección del Sistema Único de Salud.

141. El Tribunal ha establecido que el deber de los Estados de regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicio de salud, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, abarca tanto a las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos de salud, como aquellas instituciones que se dedican exclusivamente a servicios privados de salud (...). En particular, respecto de las instituciones que prestan servicio público de salud, tal y como lo hacía la Casa de Reposo Guararapes, el Estado no sólo debe regularlas y fiscalizarlas, sino que además tiene el especial deber de cuidado en relación con las personas ahí internadas (...).

Por último, se transcribe el considerando 27 del voto razonado del juez Sr. Sergio García Ramírez, que resulta especialmente atinente:

27. No es mi propósito --ni lo fue el de la Corte en la Sentencia a la que agrego este Voto-- examinar esos modelos y analizar sus ventajas y desventajas. Es preciso destacar, sin embargo, como lo ha hecho la Sentencia, que cuando el Estado resuelve trasladar a otras manos la prestación de un servicio que naturalmente le corresponde --porque forma parte del acervo de derechos

sociales a los que corresponden deberes estatales-- , no queda desvinculado en absoluto --es decir, “excluido de su responsabilidad estricta”-- de la atención que se brinda a la persona cuyo cuidado confía a un tercero. La encomienda es pública y la relación entre el Estado que delega y el tratante delegado existe en el marco del orden público. El tratante privado sólo es el brazo del Estado para llevar adelante una acción que corresponde a éste y por la que el propio Estado conserva íntegra responsabilidad; es decir, “responde por ella”, sin perjuicio de que la entidad o el sujeto delegados también respnsan ante el Estado.

2. Caso “Panel Blanca” Paniagua Morales y otros vs. Guatemala. Sentencia de 8 de marzo de 1998

Antecedentes de Hecho: Los hechos ocurren entre junio de 1987 y febrero de 1988, en la ciudad de Guatemala y sus alrededores, en un contexto de detenciones arbitrarias y, en algunos casos, de homicidios. En la mayoría de los casos, las personas detenidas eran obligadas a subir, por la fuerza, a un vehículo tipo “panel” (especie de microbús o furgoneta) de color blanco. En dichas detenciones intervienen hombres armados, vestidos de civil en la mayoría de ellas, vinculados con la Guardia de Hacienda o con alguna institución militar o policial.

Guatemala no desconoce que agentes de la Guardia de Hacienda detuvieron a varias de las víctimas y las pusieron a disposición de la autoridad judicial, pero niega responsabilidad respecto de las víctimas privadas de libertad y asesinadas, sosteniendo que dichos ilícitos se efectuaron por delincuentes comunes y no por sus agentes, por lo que no sería responsable de ellos.

91. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención, no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención. Además, también se compromete la responsabilidad internacional del Estado cuando éste no realice las actividades necesarias, de acuerdo con su derecho interno, para identificar y, en su caso, sancionar a los autores de las propias violaciones.

95. Por tanto, en el presente caso existen suficientes elementos de convicción para concluir que los hechos señalados fueron realizados por personas que actuaban como agentes del poder público y aun cuando esta Corte considera que las violaciones denunciadas no son atribuibles a una política de Estado, ni que sus autoridades superiores conocieran de las actuaciones de quienes

las realizaron, tales circunstancias son irrelevantes a los efectos de establecer la responsabilidad internacional de Guatemala, como Estado parte en la Convención, ya que de acuerdo con la misma estaba obligado a garantizar a las personas y, en este caso, a las víctimas, el pleno y libre ejercicio de sus derechos humanos.

3. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de fecha 19 de noviembre de 1999

Antecedentes de hecho: Los hechos se contextualizan en una época caracterizada por un patrón común de acciones al margen de la ley, perpetradas por agentes de seguridad estatales, en contra de los “niños de la calle”. Esta práctica incluía amenazas, detenciones, tratos crueles, inhumanos y degradantes y homicidios, como medio para contrarrestar la delincuencia y vagancia juvenil.

El 15 de junio de 1990, Henry Giovanni Contreras, de 18 años de edad, Federico Clemente Figueroa Túnchez, de 20 años de edad, J.R.C.S., de 15 años y J.J.C., de 17 años de edad son detenidos por miembros de la policía quienes los obligan a subir a un vehículo y luego de estar retenidos unas horas son asesinados. No se realizaron mayores investigaciones ni se sancionó a los responsables de los hechos.

En este caso es claro que quienes detuvieron a los jóvenes eran agentes del Estado, pero si bien hay múltiples antecedentes indiciarios, no existía certeza respecto de quienes les dieron muerte, no obstante lo cual la Corte señala:

142. Existen en el presente caso evidencias numerosas y concurrentes de que fueron agentes del Estado y, más concretamente, miembros de la Policía Nacional, quienes dieron muerte a Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, J.R.C.S., J.J.C. y Anstram Aman Villagrán Morales (...).

143. Como consecuencia de haber sido perpetrados por agentes estatales, la Corte debe concluir, necesariamente, que los cinco homicidios son imputables al Estado.

184. La Comisión describió a los tres niños víctimas de los hechos de este caso como personas que vivían en condiciones socioeconómicas extremadamente precarias y que luchaban por sobrevivir solos y temerosos en una sociedad que no los acogía, sino que los excluía. Además afirmó que, como el Estado se abstuvo de tomar medidas de investigación efectivas y perseguir y castigar a los responsables, exacerbó el riesgo de violaciones de derechos en perjuicio de los “niños de la calle” en general y de las víctimas de este caso en particular.

4. Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988

Antecedentes de hecho: Durante los años de 1981 a 1984 se produce en Honduras la desaparición de entre 100 y 150 personas. Tales desapariciones tenían un patrón similar, que se iniciaba mediante el secuestro violento de las víctimas, muchas veces a la luz del día y en lugares poblados, por parte de hombres armados, vestidos de civil y disfrazados, en vehículos sin identificación oficial y con cristales polarizados, sin placas o con placas falsas, la población consideraba como un hecho público y notorio que los secuestros se perpetraban por agentes militares, o por policías o por personal bajo su dirección.

Manfredo Velásquez era un estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Desapareció el 12 de septiembre de 1981 en un estacionamiento de vehículos en el centro de Tegucigalpa, secuestrado por varios hombres fuertemente armados, vestidos de civil, que utilizaron un vehículo Ford de color blanco y sin placas. El secuestro fue llevado a cabo por personas vinculadas con las Fuerzas Armadas o bajo su dirección, si bien se interpusieron diversos recursos, los tribunales de justicia no efectuaron las investigaciones necesarias para encontrar a Manfredo Velásquez o sancionar a los responsables.

172. Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial.

No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

174. El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.

5. Caso Blake vs Guatemala. Sentencia de 24 de enero de 1998

Antecedentes de Hecho: Los hechos del caso se inician el 26 de marzo de 1985, cuando los ciudadanos norteamericanos Nicholas Blake, periodista, y Griffith Davis, fotógrafo, salieron de la ciudad de Huehuetenango rumbo a la aldea El Llano. En dicho lugar fueron detenidos por la Patrulla de Autodefensa Civil de El Llano, fueron llevados a un sitio denominado Los Campamentos para posteriormente asesinarlos y arrojar sus cadáveres en la maleza. Los hechos no fueron debidamente investigados por el Estado ni se sancionó a los responsables.

75. La Corte considera que, al contrario de lo que alegó Guatemala, las patrullas civiles actuaban efectivamente como agentes del Estado durante la época en que ocurrieron los hechos relevantes al presente caso (suprapárr. 52. p) (...).

76. Con fundamento en las pruebas examinadas y teniendo en cuenta los alegatos de las partes, la Corte considera probado que, en la época de los hechos relevantes del presente caso, las patrullas civiles tenían una relación institucional con el Ejército, realizaban actividades de apoyo a las funciones de las fuerzas armadas y, aún más, recibían recursos, armamento, entrenamiento y órdenes directas del Ejército guatemalteco y operaban bajo su supervisión, y a esas patrullas se les atribuían varias violaciones de derechos humanos, incluyendo ejecuciones sumarias y extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas (suprapárr. 52. p).

78. En consecuencia, la Corte declara que la aquiescencia del Estado de Guatemala en la realización de tales actividades por parte de las patrullas civiles, permiten concluir, que dichas patrullas deben ser consideradas como agentes del Estado, y por lo tanto, imputables a éste los actos por ellas practicados.

6. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006

Antecedentes de Hecho: Los hechos del presente caso suceden los días 13 y 14 de enero de 1999. Un grupo de aproximadamente 60 paramilitares fuertemente armados, llegaron al corregimiento de Pueblo Bello, saquearon algunas viviendas y secuestraron a un grupo de personas, quienes finalmente fueron asesinados. Ninguno de los recursos interpuestos arrojó resultados.

140. La Corte observa que si bien la masacre de Pueblo Bello ocurrida en enero de 1990 fue organizada y perpetrada por miembros de grupos paramilitares, aquélla no habría podido ejecutarse si hubiere existido protección efectiva de la población civil en una situación de riesgo razonablemente previsible

por parte de miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad del Estado. Ciertamente no existen pruebas ante este Tribunal que demuestren que el Estado dirigiera directamente la ejecución de la masacre o que existiese un nexo entre miembros del Ejército y los grupos paramilitares o una delegación de funciones públicas de aquél a éstos. No obstante, la responsabilidad por los actos de los miembros del grupo paramilitar en este caso en particular es atribuible al Estado en la medida en que éste no adoptó diligentemente las medidas necesarias para proteger a la población civil en función de las circunstancias descritas. Por las razones expuestas en los párrafos anteriores, la Corte concluye que el Estado no cumplió con su obligación de garantizar los derechos humanos consagrados en los artículos 4, 5 y 7 de la Convención, por haber faltado a sus deberes de prevención y protección, en perjuicio de las personas desaparecidas y privadas de su vida en este caso.

6. Conclusiones

Si efectuamos una aplicación estricta de nuestro derecho interno y de la jurisprudencia de nuestros tribunales, podemos sostener que aquellos funcionarios que tienen dependencia directa del SENAME y los funcionarios de organismos colaboradores que pertenecen a instituciones públicas, como por ejemplo, funcionarios de Gendarmería de Chile o funcionarios de Municipalidades, Servicios de Salud o Gobernaciones Provinciales, tienen la calidad de funcionarios públicos –independientemente de cual sea su modalidad de contratación– y como tal, les resultan plenamente aplicable las normas sobre tortura previstas en nuestro Código Penal.

Ahora bien, tratándose de empleados contratados por instituciones privadas que ejercen la labor de organismos colaboradores, debemos distinguir:

1. Respecto de delitos cometidos durante la vigencia de la Ley 19.567, esto es, entre el 1 de julio de 1998 y el 21 de noviembre de 2016.
 - a. Si están contratados por personas jurídicas de derecho privado que dependen orgánica y/o financieramente del Estado o sus organismos, como ocurriría por ejemplo, con los empleados de una corporación de educación o salud municipal o de una fundación que se financie principalmente con fondos públicos –lo que deberá evaluarse en cada caso–, es posible sostener que sus funcionarios ostentan la calidad de empleados públicos y que por tanto, les resultan aplicables los artículos 150 A y siguientes, a menos que exista una norma expresa que los excluya de dicha denominación o cuenten con normas especiales de responsabilidad que indiquen lo contrario.
 - b. Si se trata en cambio de personas que trabajan en corporaciones, fundaciones o personas jurídicas de derecho privado en general, que no

ostentan una dependencia o adscripción al Estado o sus organismos, no le serían aplicables los tipos penales de tortura, a menos que estos trabajadores hubieren participado por orden, complicidad o colaboración con un funcionario público en la comisión de conductas calificadas como tortura, según el tenor de lo dispuesto en el antiguo artículo 150 B del Código Penal.

2. Respecto de delitos cometidos con posterioridad a la dictación de la Ley 20.968, esto es, desde el 22 de noviembre de 2016 a la fecha:

Bajo la nueva normativa legal, resultan imputables por estos delitos, todos los funcionarios de organismos colaboradores independientemente de su subordinación orgánica o financiera y/o de la naturaleza de la institución a la que pertenecen, lo anterior, en virtud de la ampliación del sujeto activo que incorpora expresamente a los “particulares que actúen en el ejercicio de funciones públicas”.

No obstante ello, si incorporamos a este análisis los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expuestos en este artículo y la definición de función pública y funcionarios públicos que contienen las convenciones internacionales suscritas por Chile, se puede señalar que, en razón de la función pública que desarrollan, los funcionarios de organismos colaboradores del SENAME son funcionarios públicos y como tal les resultan plenamente aplicables los tipos penales de tortura.

En efecto, la Corte Interamericana ha sostenido en su jurisprudencia y dictámenes que los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos –y que como tal, se encuentran sujetos a la jurisdicción de la CIDH– deben efectuar un control de convencionalidad en la aplicación de su normativa interna, lo que implica resolver casos de la jurisdicción nacional mediante la integración del derecho interno con el derecho internacional, ya sea absteniéndose de aplicar normas contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos o a las interpretaciones jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o derechamente incorporando estos criterios en la resolución de los conflictos internos.

Ahora bien, lo expuesto precedentemente tiene validez en materia de responsabilidad penal pero no necesariamente en materia de responsabilidad civil por una eventual falta de servicio del Estado y mucho menos en materia de responsabilidad internacional del Estado a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Los fallos extractados en el punto 5. de este artículo dan cuenta que a partir de las obligaciones generales del Estado consagradas en la Convención Americana de Derechos Humanos y en las distintas convenciones internacionales suscritas por Chile en materia de derechos humanos, nuestro

Estado puede resultar responsable por actos de particulares, incluso en ausencia de una intencionalidad o facilitación directa para la comisión de estos delitos.

El caso Ximenes López reviste especial interés para este análisis pues, al igual que en el caso de los delitos cometidos por funcionarios de organismos colaboradores acreditados del SENAME, el Estado de Brasil encomendó el desarrollo de una labor pública a terceros particulares, delegando sus funciones y confiando el cuidado de personas con discapacidad mental a clínicas privadas que complementaban la oferta pública en localidades en que no había disponibilidad o había escasez de hospitales públicos. Una situación similar se observa en Chile e incluso más desmedrada, ya que, a diferencia de lo que ocurre en Brasil, la oferta pública de atención a niños, niñas y adolescentes vulnerables, se otorga primordialmente a través de servicios privados, de modo que la actividad del SENAME en esta materia resulta supletoria, procediendo sólo a falta de privados que intervengan en las respectivas licitaciones.

Sobre la materia, la Corte Interamericana ha sido clara y reiterativa en señalar que si bien los Estados pueden delegar la prestación de servicios públicos, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer estos servicios y de proteger el bien público respectivo, en el mismo sentido, cuando una persona o entidad privada, se encuentra autorizada por la legislación del Estado para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental, dicha conducta, ya sea de una persona física o jurídica, debe ser considerada un acto del Estado, siempre que estuviere actuando en dicha capacidad.

Por tanto, los organismos colaboradores del SENAME vienen a ser una suerte de instrumentos del Estado para llevar adelante acciones que corresponden a éste y respecto de las cuales conserva íntegra su responsabilidad, sin perjuicio que la entidad o sujeto delegados también puedan responder ante el Estado.

En este contexto, la interpretación restrictiva que realiza el SENAME y nuestra Excm. Corte Suprema respecto de las atribuciones y de la responsabilidad que compete a dicho organismo y al Estado de Chile por la falta de cuidado y los maltratos que han afectado a niños, niñas y adolescentes vulnerables que se encuentran bajo su custodia o de sus organismos colaboradores, no resulta armónica con los deberes generales de respeto y garantías de los derechos humanos que tiene el Estado de Chile.

En efecto, dicha interpretación es contraria a los artículos 1 (Obligación de respetar derechos), 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 4 (Derecho a la vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 8 (Garantías judiciales), 19 (Derechos del niño), 25 (Protección Judicial) y 26 (Desarrollo progresivo) de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como Protocolo de San Salvador y lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALANCE DE GESTIÓN INTEGRAL DEL SERVICIO NACIONAL DE MENORES 2016. Disponible en: <http://www.sename.cl/web/gestion-institucional/> [fecha de consulta: 30 de octubre de 2017].

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. “Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, Capítulo 3. SENAME: El Rol del Estado, la tutela judicial de niños, niñas y adolescentes y la relevancia penal de la crisis”. 2017. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/informe-ddhh-2017> [fecha de consulta: 11 de octubre de 2017].

CHILE, Ley N° 20.032, establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME, y su régimen de subvención. Diario Oficial del 25 de julio de 2005.

CHILE, Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Diario Oficial del 5 de diciembre de 1986.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA DE LAS NACIONES UNIDAS. “Examen de los Informes Presentados por los Estados Parte en virtud del Artículo 19 de la Convención. Conclusiones y Recomendaciones para Chile”. Mayo 2004. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3368.pdf?view=1> [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2017].

COMITÉ CONTRA LA TORTURA DE LAS NACIONES UNIDAS. “Examen de los Informes Presentados por los Estados Parte en virtud del Artículo 19 de la Convención. Conclusiones y Recomendaciones para Chile”. Mayo 2009. Disponible en: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2010/06/CAT-CHILE-2009.pdf> [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2017].

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. “Observación General N° 14 Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial. Art. 3 párrafo 1 CDN”. Disponible en: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2017].

CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C N° 149.

CORTE IDH. Caso “Panel Blanca” Paniagua Morales y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C N° 37.

CORTE IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63.

CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4.

CORTE IDH. Caso Blake vs Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C N° 36.

CORTE IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C N° 140.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE, Rol N° 2.321-07, sentencia de fecha 19 de mayo de 2008.

ETCHEBERRY, ALFREDO. *Derecho Penal Parte Especial*, 3ª edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1997, Tomo IV.

HISTORIA DE LA LEY 19.567, Que modifica el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal en lo relativo a la Detención, y Dicta Normas de Protección a los Derechos del Ciudadano. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=120617> [fecha de consulta: 12 de noviembre de 2017].

HISTORIA DE LA LEY 20.968, Tipifica Delitos de Tortura y de Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5879/> [fecha de consulta: 1 de diciembre de 2017].

LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal*. 7ª edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2000, Tomo II.

MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2017.

MIR PUIG, CARLOS. *Los delitos contra la Administración Pública*, Barcelona, España, Editorial J.M Bosch, 2000.

MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. Oficio del Fiscal Nacional N° 699/2014, Instrucción General que imparte Criterios de Actuación en Delitos de Corrupción. Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=0> [fecha de consulta: 30 de noviembre de 2017].

OEA. Convención Interamericana Contra la Corrupción. Adoptada en Caracas el 29 de marzo de 1996.

OEA. Convención Americana de Derechos Humanos. Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

OEA. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”. Adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988-

ONU. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. Adoptada en Mérida el 11 de diciembre de 2003.

ONU. Convención de los Derechos del Niño. Aprobada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

PRINCIPIOS RECTORES DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS. (2011) Oficina del Alto Comisionado. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2017].

RODRÍGUEZ, Luis, y OSSANDÓN, María Magdalena. *Delitos Contra la Función Pública*, 4ª edición actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2016.

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE CASTRO, 7 de octubre de 2009, Sentencia RUC 0810015857-5, RIT 36-2009.

TORRES GONZÁLEZ, Luis. *El Delito de Tortura en Chile y el Proyecto de Ley Para su Nueva Tipificación: Balance y Críticas*, Santiago, Chile, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/985> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2017].

UNAC. “El Concepto de Empleado Público para Efectos Penales”. En: *Boletín N° 8 de la Unidad Anticorrupción del Ministerio Público*, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2008, págs. 6- 16.

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

“CASO NORA”: PRIMERA CONDENA EN JUICIO ORAL POR ESTAFA COMO DELITO BASE DE LAVADO DE ACTIVOS

Camila Guerrero Martínez¹

SUMARIO

I. Introducción; II. Historia de la ley 20.818; 1. Principales modificaciones que indiquen en el presente análisis; 2. Ampliación del catálogo: Estafa como delito base de lavado de activos; III. Caso Nora; 1. Hechos sobre los cuales versó el juicio oral; 2. Razonamientos expuestos por los sentenciadores para entender por configurados los tipos penales en comento; 2.1. En cuanto a la configuración del delito de estafa; 2.2. En cuanto a la configuración del delito de lavado de dinero; IV. Comiso por lavado y víctimas del delito base y; V. Excurso: ¿hacia nueva lectura del artículo 36 de la ley 19.913?

1. Introducción²

El presente artículo tiene por objeto realizar un breve análisis de la sentencia condenatoria dictada con fecha 27 de diciembre de 2017 contra la Sra. Nora Bernarda Escobar Meza por parte del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica³, recientemente ejecutoriada⁴ y que constituye la primera sentencia condenatoria pronunciada en juicio oral por el delito de lavado de dinero con delito base estafa, desde la reforma al artículo 27 de la Ley 19.913⁵ mediante la Ley 20.818, en que se amplió el catálogo de delitos precedentes del lavado.

- 1 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado (ULDDECO), Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Agradezco a Marcelo Contreras, Subdirector Jurídico de ULDDECO, por sus valiosos comentarios y sugerencias que contribuyeron a dar forma y sentido al presente trabajo. Los errores que persistan son, por supuesto, míos.
- 3 Sentencia definitiva condenatoria pronunciada en investigación RUC 1500296327-K, RIT 392-2017 a cargo del Fiscal adjunto de la Fiscalía Local de Arica, Francisco Ganga Dinamarca.
- 4 Habiéndose interpuesto recurso de nulidad fuera de plazo por parte de la defensa, se declaró inadmisibles por extemporáneo por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica con fecha 9 de enero de 2018. Sentencia ejecutoriada mediante certificación de fecha 13 de enero de 2018.
- 5 La referida norma señala:
“Artículo 27.- Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales:

II. Historia de la Ley 20.818⁶

1. Principales modificaciones que inciden en el presente análisis

Con la Ley 20.818 que “*perfecciona los mecanismos de prevención, detección, control, investigación y juzgamiento del delito de lavado de activos*” promulgada con fecha 18 de febrero de 2015, se introdujeron una serie de cambios a la Ley 19.913 y que inciden directamente en la materia del presente análisis.

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° 20.000, 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, del Ministerio de Hacienda, de 1997, ley General de Bancos; en el artículo 168 en relación con el artículo 178, N° 1, ambos del decreto con fuerza de ley N° 30, del Ministerio de Hacienda, de 2005, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 213, del Ministerio de Hacienda, de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas; en el inciso segundo del artículo 81 de la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual; en los artículos 59 y 64 de la ley N° 18.840, orgánica constitucional del Banco Central de Chile; en el párrafo tercero del número 4° del artículo 97 del Código Tributario; en los párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V y 10 del Título VI, todos del Libro Segundo del Código Penal; en los artículos 141, 142, 366 quinquies, 367, 374 bis, 411 bis, 411 ter, 411 quáter, 411 quinquies, y los artículos 468 y 470, N° 8, ambos en relación al inciso final del artículo 467 del Código Penal, o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes” (énfasis añadido).

b) El que adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito (...).”

- 6 La idea central del proyecto de ley tenía por finalidad ampliar las facultades del Ministerio Público para la prevención, detección y persecución del delito de lavado de activos, permitiéndole profundizar en la información bancaria de las personas investigadas, mediante una amplia facultad para levantar, con las debidas garantías judiciales, el secreto bancario. Así, el Mensaje que acompañaba a la indicación sustitutiva del proyecto presentada por el ejecutivo, señalaba que: “*la prevención y detección del delito de blanqueo de activos como la permanente persecución del financiamiento del terrorismo, constituyen una labor continua, que requiere una constante y permanente actualización de los métodos con que cuenta el Estado para perseguir estos delitos y castigar a quienes los cometen. En atención a lo anterior y acorde con el interés del Estado de dotar a sus instituciones del correcto marco jurídico para combatir estos ilícitos, se adecua el actual tipo penal de lavado de activos; se ajustan los delitos base contemplados en la ley N° 19.913; se avanza significativamente en la potestad sancionatoria del Estado respecto de las personas jurídicas que han sido utilizadas en el lavado de activos o en el financiamiento del terrorismo, y se propone un procedimiento expedito que permita, a través de la retención preventiva de fondos, proteger la institucionalidad económica y financiera, todo ello en plena consonancia con los estándares internacionales sobre la materia contenidos en las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional para el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (...).*”

En lo que aquí interesa, dentro de las principales modificaciones se encuentran aquellas referidas al artículo 27 que tipifica el delito de lavado, relativas a la ampliación del catálogo de delitos base y a la incorporación de una norma de proporcionalidad⁷. Al respecto, uno de los cambios más sustanciales de la referida ley es la que dice relación con el establecimiento de nuevos delitos base o precedentes del delito de lavado de activos, al incorporarse las hipótesis más graves de los delitos de contrabando aduanero y piratería (infracciones a la ley de propiedad intelectual); los delitos tipificados en la LOC del Banco Central (por ejemplo, la fabricación o circulación de billetes de curso legal falsos); el delito tributario contenido en el art. 97 N° 4 inciso 3° (obtención indebida de devoluciones de impuesto por maniobras fraudulentas); la asociación ilícita del Código Penal (arts. 292 y siguientes); la producción de material pornográfico infantil y comercialización, exportación, importación, distribución, difusión, almacenamiento o adquisición de material pornográfico infantil; y el delito de estafa del artículo 468 CP y fraude de subvenciones del artículo 470 N° 8 CP, en sus hipótesis más dañosas (cuando el valor de lo defraudado o apropiado de manera indebida excediere de las 400 UTM)⁸. Junto con la ampliación del catálogo, se introduce además una norma de proporcionalidad, en virtud de la cual, al momento de establecer la pena por el delito de lavado de dinero, se le impide al juez imponer una pena mayor que la ley asigne al autor del crimen o simple delito del cual provienen los bienes. Con ello, sin quitarle autonomía al tipo penal de lavado de dinero, el legislador reconoce la diferente naturaleza, lesividad y marco punitivo de los distintos delitos base y su impacto en la sanción por el delito de lavado.

Por otro lado, la Ley 20.818 incorpora un nuevo artículo 36, que establece la posibilidad de destinar bienes incautados y decomisados al control del delito de lavado de dinero, la regla general para los casos de lavado de dinero con anterioridad a la norma era que los bienes se destinarían a la prevención y rehabilitación del consumo de drogas (SENDA), en los siguientes términos:

“Artículo 36 Ley 19.913: Los bienes incautados o el producto de los decomisados en investigaciones por lavado de activos podrán ser destinados, en los términos que establecen los artículos 40 y 46 de la ley 20.000, en todo o parte, a la persecución de dicho delito” (énfasis añadido).

7 Resulta importante mencionar, además, la ampliación de la figura culposa de lavado de dinero a las conductas descritas en la letra b) del artículo 27 (adquisición, posesión, tenencia y uso de bienes), abarcando el tipo culposo actual las conductas descritas en las letras a) y b) del artículo 27. No se analizarán en profundidad por no ser objeto del presente comentario.

8 Cabe señalar que se eliminó como delito base el delito de abuso sexual tipificado en el art. 366 quáter del Código Penal (incluido por error de referencia el año 2003).

En el apartado siguiente, me referiré brevemente a la historia de la ley que motivó dichas modificaciones y a la incorporación del delito de estafa como delito base de lavado de activos con una breve referencia a la denominada norma de proporcionalidad a propósito de la determinación de la pena del delito de lavado. Sobre el destino de los bienes decomisados me referiré en extenso en los apartados IV y V al comentar los problemas generados en el presente caso entre el comiso de un bien mueble solicitados por la fiscalía y las pretensiones de reparación de la víctima del delito de estafa a través de la indemnización de perjuicios⁹.

2. Ampliación del catálogo: estafa como delito base de lavado de activos

En el primer trámite constitucional, el primer informe de la Comisión de Constitución de la H. Cámara de Diputados en su artículo 1° introdujo diversas modificaciones en la Ley N° 19.913, que la Comisión acordó tratar por separado. Así, en el artículo 1° Numero 8 del proyecto, se incorporan cuatro modificaciones al artículo 27, disposición que establecía el delito de lavado en su hipótesis de ocultamiento en los siguientes términos:

“Artículo 27 letra a) de la ley 19.913 (antes de la modificación de la ley 20.818): Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio “(5 años y un día a 15 años)” 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 y 9 del Título V del Libro II del Código Penal y, en los artículos 141, 142, 366 quáter, 367 y 367 bis del Código Penal; o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes (...)” (énfasis añadido).

⁹ Para mayor profundización acerca de la naturaleza jurídica del comiso en Chile y los problemas generados a partir de la ampliación del catálogo de delitos base de lavado con víctimas asociadas a dichos delitos, Cfr.: GUERRERO MARTÍNEZ, Camila Fernanda. “El destino de los bienes decomisados en el delito de lavado de dinero: tareas pendientes en materia de protección a las víctimas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°67, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2016, págs. 211-243.

Al respecto, la primera modificación al artículo 27 de la Ley 19.913 realizó cinco enmiendas sólo en la letra a) del referido artículo, siendo la quinta precisamente aquella en que se agregaba, a continuación de la última vez que se mencionan los términos “Código Penal”, la frase “*en el párrafo 8 del Título IX del Libro II del Código Penal y en esta misma ley*”. Así, por medio de esta modificación se añadían al catálogo de delitos bases del lavado de dinero, no sólo la estafa del artículo 468 CP y fraude de las subvenciones del artículo 470 N° 8 CP, en sus hipótesis más dañosas, tal y como se encuentra tipificado hoy en día, sino que todo el párrafo 8 del título IX referido a las defraudaciones, estafas y otros engaños en general, comprendiendo en definitiva desde el delito tipificado en el artículo 467 hasta el del 473 del Código Penal¹⁰.

En el segundo informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, el abogado y profesor de Derecho Penal, Juan Domingo Acosta, junto con señalar su disconformidad con que se incorporaran como delitos base todos los delitos del párrafo 8 del título IX del Libro II del Código Penal, señaló que la regla general era que los delitos base del lavado de activos atentaran contra bienes supraindividuales y trascendentes –como el tráfico de drogas–, por lo que la inclusión dentro de ese listado de los ilícitos [del párrafo aludido] trastocaba este esquema, dado que estaban referidos a “(...) *bienes eminentemente privados, disponibles por sus titulares y que sólo pueden ser objeto de persecución penal a instancia particular previa (...)*”. Por su parte, recordó que estos ilícitos “(...) *protegen bienes jurídicos eminentemente individuales y disponibles, con una única excepción (fraude de las subvenciones, artículo 470 N° 8), y que también se observa el problema de proporcionalidad de la pena, en los ilícitos residuales de estafa y contrato simulado que comprende el citado Título, dado que tienen sanciones muy bajas (...)*”¹¹.

10 Cabe señalar que al respecto, el debate legislativo estuvo además marcado por la pretensión de adecuación de las normas legales vigentes a los estándares internacionales establecidos por el Grupo de Acción Financiera (GAFI), buscando además superar las deficiencias del Sistema Nacional de Prevención, Persecución y Sanción Penal de Lavado de Activos de Chile detectadas en 2006 por el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD). Al respecto, en el mismo informe, la entonces Directora de la Unidad de Análisis Financiero, señora Tamara Agnic enfatizaba que: “(...) *Chile está atrasado en materia de ampliación de los delitos base del lavado de activos. Por ello, acotó, para proteger la estabilidad económica y financiera del país, es imprescindible mantener y perfeccionar rápida y oportunamente la legislación pertinente, el marco normativo, de manera que cumpla con los más altos estándares internacionales y los controles que nos entregan señales de alerta adecuadas(...)*”. Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.818 [en línea]. Santiago, Chile, 2015, p. 141. Disponible en: <http://historiadelaley.bcn.cl/nc/historia-de-la-ley/3958/> [fecha de consulta: 30 de enero de 2018].

11 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.818, ob. cit., p. 220.

En este sentido, el Director de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado (ULDDECO), Mauricio Fernandez, recordó que “(...) *el proyecto original contenía una regla de proporcionalidad entre los delitos base y la pena de lavado de activo, pero a instancia del ex Diputado señor Bustos ella se limitó porque en su oportunidad se observó que hechos de poca trascendencia criminal podían generar operaciones superlativas de lavado de dinero*”. Acosta, indicó que si bien esta proposición resolvía una serie de dudas sobre la proporcionalidad de la pena del delito de lavado, aun se mantenían dudas “(...) *sobre la necesidad de considerar delitos base a ilícitos que protegen bienes jurídicos estrictamente individuales y disponibles con penas no corporales, como la piratería de propiedad intelectual, la estafa residual o los contratos simulados (...)*”¹².

A raíz de lo anterior, en una sesión posterior, el Ejecutivo previa autorización de la Sala, presentó nuevas indicaciones, que se hacían cargo de las inquietudes resumidas precedentemente. En lo que aquí interesa, a propósito del delito de estafa, la primera de las indicaciones señaladas propuso reemplazar el literal a) del artículo 27, por el siguiente nuevo, que fue en definitiva lo que zanjó el debate al respecto:

“a-1. *Sustitúyase la letra a), por la siguiente:*

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° 20.000, 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 el artículo 178 N° 1 del Decreto con Fuerza de Ley N° 30, de 2005, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 213, de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas; en el artículo 81 inciso 2° de la ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual; en los artículos 59 y 64 de la ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile; en los párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V y 10 del Título VI, todos del Libro Segundo del Código Penal; en los artículos 141, 142, 366 quinquies, 367, 374 bis, 411 bis, 411 ter, 411 quáter, 411 quinquies, y artículos 468 y 470 N° 8 ambos en relación al inciso final del artículo 467 del Código Penal, o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes” (énfasis añadido).

12 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.818, ob. cit., p. 222.

Sobre esta propuesta, Acosta señaló que con este listado de delitos base se establecía un conjunto más preciso de ilícitos que configurarían el lavado de activos. Asimismo, y respecto del contenido específico de estos ilícitos, puntualizó que se limitaba favorablemente la mención del párrafo 8° del Título IX del Código Penal, sobre estafas y otras defraudaciones, a la figura más grave, contemplada en el N° 8 del artículo 470, la que sólo procederá cuando se trate de perjuicios por más de 400 UTM.

Finalmente, y como se puede apreciar de lo anteriormente expuesto, la discusión de la ampliación del catálogo de delitos base del lavado estuvo íntimamente relacionada con aquella referida a la posibilidad de aplicar una norma de proporcionalidad de la pena del lavado, especialmente en relación con aquellos delitos base cuya comisión traían aparejada la imposición de penas no corporales¹³.

III. “Caso Nora”

El “Caso Nora” constituye la primera sentencia condenatoria pronunciada en juicio oral por el delito de lavado de dinero con delito base estafa, desde la reforma introducida por la Ley 20.818 que amplió el catálogo del artículo 27 de la Ley 19.913. En cuanto al ámbito de la aplicación temporal de la ley, el principio de ejecución del delito de estafa ocurrió en marzo de 2015, es decir, cuando ya se encontraba promulgada la referida modificación que incorporaba el delito de estafa del artículo 468 CP al catálogo de delitos precedentes de lavado, sin perjuicio de que existen actos preparatorios no punibles de la estafa desde enero de 2015. Por lo anterior, cabe señalar desde ya que tanto la consumación de la estafa como los actos posteriores de ocultamiento de las ganancias ilícitas se produjeron en plena vigencia de la Ley 20.818. La sentencia en comento, resulta interesante además, por la discusión generada a propósito del comiso y las cuestiones civiles formuladas por la querellante a efectos de poder anular los contratos que dieron origen a la adquisición de bienes con las ganancias ilícitamente generadas a partir de la estafa, situación que será abordada en el apartado siguiente.

13 Así, Acosta por ejemplo manifestaba que *“en forma complementaria a esta disposición [artículo 27 letra a)], se propone aprobar normas que permitan racionalizar su aplicación [como delito base de lavado], por ejemplo, establecer que la sanción del lavado de activos no excederá la pena que la ley le asigna al delito base que le provee fondos, y que se mantenga el elemento subjetivo original del tipo. En consecuencia, se requiere que quien lava los activos lo haga a sabiendas de que ellos provienen, directa o indirectamente, de la comisión de los delitos que se indica (...).”* Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.818, ob. cit., p. 225.

1. Hechos sobre los cuales versó el juicio oral

Los hechos que fueron materia de acusación fiscal, así como de la acusación particular y demanda civil –en lo que aquí interesa– fueron los siguientes¹⁴:

Hecho N°3. Delito de estafa

“Que, con la finalidad de engañar a terceros, los acusados NORA ESCOBAR, T.C.C. y L.C.G., previamente concertados, realizaron acciones tendientes a simular que L.C.G. era propietaria del inmueble ubicado en zzz de Arica, utilizando para ello un certificado de propiedad, gravámenes e hipotecas falsificado, donde apareciera como dueña del inmueble la imputada L.C.G.. Para concretar este delito, el imputado T.C.C. concurrió a las oficinas del Conservador de Bienes Raíces de Arica, donde con fecha 20 de enero del 2015 solicitó a dicha repartición pública una copia del certificado de propiedad, hipotecas y gravámenes del inmueble ubicado en xxx, Arica, el cual se encuentra inscrito a nombre de C.C.B., con el n° de certificado xxx. Sin embargo, el documento fue adulterado, apareciendo como certificado de registro de propiedad, de hipotecas y gravámenes del Conservador de Bienes Raíces de Arica, n° de folio xxx de fecha 20 de enero del 2015, donde aparecía inscrito el inmueble antes descrito a nombre de L.C.G., madre del imputado T.C.C..

Luego, la imputada NORA ESCOBAR concurrió al El Diario La Estrella de Arica donde pagó un aviso donde se ofrecía para la venta el inmueble ubicado en xxx, con fecha 04 de marzo del 2015. La víctima don O.G.P., al ver este aviso, procedió a llamar al número telefónico que aparecía, el cual correspondía al n° xxx, procediendo a llamar y tomar contacto con la imputada NORA ESCOBAR MEZA, quien simuló ser “corredora de propiedades”, y acordaron visitar el inmueble. Fue así que el mismo día 04 de marzo del 2015, cerca de las 21 horas, concurrió al inmueble, donde fue atendido por los imputados NORA ESCOBAR y T.C.C., quienes le mostraron la propiedad para la venta. En ese instante, luego de visitar el inmueble, la imputada le señaló que tendría que pagar una comisión por la venta del inmueble ascendiente a la suma de \$400.000, procediendo la víctima don O.G.P. a hacer entrega de la suma de \$140.000 pesos en efectivo, entregando asimismo fotocopia de los carnet de identidad de NORA ESCOBAR, de T.C.C., como asimismo una copia del documento que era falso, que consistía

14 Se hace presente que la acusación versó sobre 7 hechos, por los delitos de: uso malicioso de instrumento público falso, uso malicioso de instrumento público privado falso y usurpación de inmueble (hechos 1, 2, 5, 6 y 7), además del delito de estafa respecto de otra víctima y de lavado de activos (hechos 3 y 4 respectivamente). El presente comentario se restringe al análisis de los fundamentos que dieron por acreditados sólo estos dos últimos.

en el certificado de hipotecas y gravámenes, interdicciones y prohibiciones de la propiedad de xxx, que aparecía a nombre de la imputada L.C.G.

Luego el día 05 de marzo del 2015, NORA ESCOBAR llama a la víctima y le señala que concurra a la Notaría de Juan Retamal Concha a fin de firmar el respectivo contrato de compraventa (...) el mismo día 05 de marzo del 2015, cerca de las 17 horas, la víctima O.G.P. llega la Notaría Juan Retamal, encontrándose con los imputados NORA ESCOBAR, T.C.C. y la supuesta propietaria del inmueble, doña L.C.G. En tales circunstancias, se procedió a efectuar la escritura de un contrato de compraventa con la imputada L.C.G., el día 05 de marzo del año 2015, respecto de la propiedad ubicada en zzz, de Arica, utilizando para ello los imputados un certificado falsificado de registro de propiedad, de hipotecas y gravámenes emanado supuestamente del Conservador de Bienes Raíces de Arica, n° de folio xxx de fecha 20 de enero del 2015, donde aparecía inscrito el inmueble antes descrito a nombre de L.C.G.; procediendo a redactar los tramites en la Notaría Retamal, donde luego de firmar el contrato tanto la víctima don O.G.P., como la imputada L.C.G., el primero le hizo entrega de la suma de \$22.000.000 de pesos en dinero en efectivo a la imputado NORA ESCOBAR, además de hacer entrega de la suma de \$260.000 pesos en dinero en efectivo como comisión a doña NORA ESCOBAR y además de pagar la suma de \$100.000 por gastos notariales. Quedando el contrato en custodia en la Notaría Retamal, a la espera supuestamente que NORA ESCOBAR y L.C.G. llevaran el certificado de deslindes que debía proporcionarlo el SERVIU. Sin embargo al transcurso de los días, percatándose que los imputados no proporcionaban el mencionado documento, la víctima el día 19 de marzo del año 2015 reclamo de ello ante la Notaría Retamal, donde luego de consultar al Conservador de Bienes Raíces de Arica, se percataron con fecha 20 de marzo del 2015 que el certificado presentado por las imputadas era falsificado, que el mencionado inmueble no se encontraba inscrito a nombre de L.C.G., verificando además que el sujeto que había solicitado ante el Conservador de Bienes Raíces de Arica un certificado de propiedad e hipoteca del inmueble ubicado en xxx de Arica había sido el imputado T.C.C., hijo de la imputada L.C.G. y que el inmueble antes señalado se encuentra inscrito a nombre de C.C.B.. De esta forma, mediante el accionar de los imputados en la forma descrita causaron perjuicios a la víctima O.G.P. en la suma de \$22.400.000 pesos” (SIC).

Hecho N° 4. Delito de lavado de dinero

“Luego de haber cometido los hechos señalados en el hecho 3, la acusada NORA ESCOBAR con la finalidad de ocultar los dineros provenientes de la estafa cometida en perjuicio de O.G.P., procedió a realizar los siguientes actos de ocultación, procediendo a adquirir los siguientes bienes:

a) En primer lugar adquirió el vehículo placa patente xxx en la suma de \$1.600.000 pesos a don V.B.B. con fecha 19 de marzo del año 2015, la cual

solicitó a una persona identificada como A.L.N. que el vehículo estuviera inscrito a su nombre. Luego con fecha 24 de junio del 2015, a través del Martillero Público Víctor Vargas, la imputada NORA ESCOBAR logra que el vehículo sea vendido en un supuesto “remate voluntario” desde A.L.N. a N.M.N., de 83 años, madre de la imputada, todo con el objeto de ocultar que este bien fue adquirido con dineros provenientes de la estafa del hecho n° 3. Para ello procedió junto con una persona identificada como V.M.P., a efectuar una declaración jurada con fecha 24 de junio del 2015, donde V.M.P. declaraba que era dueña y propietaria del vehículo placa patente xxx, y en tal calidad autorizaba doña V.M.P., siendo supuestamente propietaria, a que el Martillero Jorge Vargas Reyes realizara un remate voluntario a doña N.M.N.

b) Asimismo a través de la SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA PEREZ CÓRDOVA, se adquiere el camión placa patente xxx- con fecha 08 de julio del 2015. Dicha Sociedad está conformada por C.P.F. e I.C.E., la cual fue creada con fecha 07 de julio del 2015 según información del SII. Siendo I.C.E. hija de la acusada NORA ESCOBAR MEZA y C.P.F., pareja de la misma hija. En ese contexto, la imputada con el objetivo de ocultar bienes provenientes de la estafa cometida y señalada en el hecho 3, procedió a efectuar dos depósitos de dinero, con fecha 26 de junio del año 2015, por la suma total de \$7.800.000 pesos en la cuenta corriente n° xxx del Banco BCI cuyo titular es C.P.F. Con este dinero, permitió que la sociedad antes señalada adquiriera el camión placa patente xxx con fecha 8 de julio del 2015, el cual fue pagado mediante cheque al día serie n° 4792777 del Banco BCI de la cuenta corriente de C.P.F. en la suma de \$11.000.000 de pesos a la empresa transportes KAPP LIMITADA” (SIC).

2. Razonamientos expuestos por los sentenciadores para entender por configurados los tipos penales en comentario

2.1. En cuanto a la configuración del delito de estafa

De lo expuesto por los sentenciadores en el considerando DÉCIMO TERCERO de la sentencia en análisis, a propósito del “Hecho 3” calificado por el tribunal como delito de estafa, previsto y sancionado en el artículo 468 en relación con el artículo 467 inciso final del Código Penal, en perjuicio de O.G.P., el engaño o maquinación fraudulenta, estaría compuesta por “*el ardid o puesta en escena para lograr engañar a la víctima*” y se habría configurado “*a partir de la acción conjunta y colaborativa compuesta por el accionar de Nora Escobar y L.C.G., por cuanto la primera efectuó una publicación de venta en relación con el inmueble ubicado en xxx de Arica, y al presentarse en la Notaría Retamal lo hizo en su supuesta calidad de corredora de propiedades, por su parte, su cónyuge efectuó ante el Conservador de Bienes Raíces de Arica la solicitud del certificado*

*de dominio, hipotecas y gravámenes relativo al inmueble señalado, añadiéndose el accionar de L.C.G. quien por sus características físicas particulares, esto es, tener movilidad reducida en atención a que debe contar con el llamado “burrito” o bien, ser asistida en silla de ruedas según el caso, les permitió a las encartadas L.C.G. y Escobar gozar de una atención diferenciada en la Notaría Retamal, donde según la generalidad de los casos para la confección de una escritura de compraventa como la solicitada se realiza en dos días, lo que permite sin lugar a dudas un análisis más prolijo de la documentación aportada por las partes, pero en el presente caso y dado que la encartada Nora Escobar aludió que la parte vendedora L.C.G. estaba enferma, tal como lo afirmó el testigo **Lidia Contreras**, aceleraron dicho proceso para la firma del documento, de manera tal que la funcionaria no reparó a la víctima en la necesidad previa de contar con un documento, el certificado de deslindes de la propiedad, el cual la supuesta corredora y parte vendedora se obligaron a llevar con posterioridad (...).*”

Lo anterior, en opinión del Tribunal, habría llevado a la disposición patrimonial de la víctima, producto de un “error idóneo” en que incurrió no sólo el supuesto comprador sino que también la funcionaria de la Notaría, al representarse falsamente que la compraventa que se llevaba a efecto: “(...) *cumplía todas las exigencias legales para su validez y eficacia, esto es, creer que los documentos que sirvieron de base para el acto jurídico se correspondían con la realidad, actuando de buena fe y desplegando la conducta que se exige a un buen padre de familia, error idóneo que incluso alcanza a personas de vasta experiencia, como la funcionaria de la Notaría Retamal, Lidia Contreras, quien no se percató de la adulteración, de los documentos entregados originándose en consecuencia la disposición patrimonial de la víctima, esto es disponiendo voluntariamente de las sumas de 22 millones de pesos por el valor de la propiedad y 400 mil pesos por el pago de los supuestos servicios de corretaje de Nora Escobar (...).*”

2.2. En cuanto a la configuración del delito de lavado

En el mismo considerando DÉCIMO TERCERO de la sentencia en comento, y en referencia al “Hecho 4” el tribunal establece que sólo aquella conducta descrita en la letra a) del hecho 4 sería constitutiva del delito de lavado de activos del artículo 27 letra a) de la Ley 19.913 y no así la conducta descrita en la letra b) del hecho 4.

Así, en relación con el hecho 4 letra a), el tribunal sostuvo que el delito de lavado en su figura de ocultamiento “*resulta establecido a partir de la prueba de cargo consistente en los testimonios de A.L.N., quien refirió que a solicitud de Nora Escobar prestó su nombre para la adquisición de un vehículo por la encartada Nora Escobar, dando cuenta con ello del ocultamiento o disimulo del origen ilícito de determinados bienes, por cuanto no obstante lo sostenido por la encartada Escobar en estrado, resultan desacreditados sus argumentos principalmente por que no ha rendido prueba suficiente de las características personales a que alude a cierta*

vulnerabilidad del accionar de su cónyuge T.C.C., además se puede inferir que su actuar lo ha sido a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, los dineros que dan origen a su adquisición de la perpetración de hechos constitutivos del delito previsto en el artículo 468 (...)”.

Lo anterior, según el TOP de Arica, debido a que “(...) con fecha 05 de Marzo la encartada concurrió en compañía de L.C.G. a la Notaría Retamal a la suscripción de un supuesto contrato de compraventa, del cual si bien no hubo transferencia de dominio (porque no obstante la escrituración y suscripción del documento no contó con la autorización notarial y en consecuencia tampoco se realizó la inscripción, en atención a que quien registraba el documento como dueña no detentaba la calidad de tal) sí hubo pago del precio a través de la entrega de 22 millones de pesos en efectivo, además de la suma de 400 mil pesos por la supuesta comisión, de manera tal que a **Nora Escobar Meza** atribuye participación en calidad de autora de un delito de lavado de activo(...)”.

En su considerando UNDÉCIMO a propósito del análisis de la prueba, el tribunal estimó que se contó con pruebas suficientes para dar cuenta de la falta de actividades económicas respecto de la encartada NORA ESCOBAR MESA y valoró la prueba presentada por el Ministerio Público para acreditar el lavado del hecho 4 letra a) fundado en un informe de DICOM en que Nora presentaba morosidades en el mes de febrero de 2015, un certificado de FONASA en que figuraba como indigente, documentos que acreditaban que su inicio de actividades fue en julio de 2013, que no registraba rentas y que su último timbraje había sido en julio del año 2003.

En este mismo orden de ideas, el tribunal desestimó las alegaciones de la defensa referidas a que sólo hubo una coincidencia de fechas, entre la consumación del delito base y el acto de ocultamiento del origen ilícito del vehículo placa patente xxx, adquirido con las ganancias generadas con la comisión del delito de estafa, dado que a juicio de los sentenciadores “(...) respecto de la adquisición de este bien mueble se dan todos los presupuestos legales para la configuración del ilícito, infiriéndose el conocimiento del actuar ilícito a partir de que la encartada a continuación utilizó otros medios adicionales de ocultamiento pero que a la vez le dieran certeza de asegurar la propiedad en el bien adquirido utilizando la intervención de V.M.P., mediante (...) su declaración jurada notarial y del martillero JORGE.VARGAS, conforme [a la] factura que da cuenta de la venta ante el martillero y [la posterior] inscripción a nombre de A.L.N. (...)”.

Por otro lado, nos parece interesante revisar las razones que tuvo el tribunal para desestimar la imputación por lavado en relación con el hecho N°4 letra b) sobre la adquisición del camión placa patente xxx con fecha 08 de julio del 2015 a través de la utilización de la SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA PEREZ CÓRDOVA, conformada por la hija de Nora, I.C.E. y la pareja de ésta C.P.F., sociedad constituida un día antes de la adquisición

del referido camión, es decir, el 7 de julio de 2015. En este caso el Tribunal consideró que la acusada al parecer sí tenía ingresos de origen lícitos para efectuar dos depósitos de dinero con fecha 26 de junio de 2015 por la suma total de \$7.800.000 pesos en la cuenta corriente de la pareja de su hija. Lo anterior llama la atención ya que aun condenando por el delito de lavado de dinero se deja fuera la conducta referida a los bienes de mayor valor, respecto de los cuales existían acciones civiles para lograr la indemnización del delito precedente de estafa.

Si se analiza en profundidad el fundamento que tuvo el tribunal para no calificar como lavado la conducta de Nora en el hecho 4 letra b), podemos ver que el tribunal estimó que: “(...)si bien [NORA ESCOBAR] procedió a efectuar dos depósitos de dinero, con fecha 26 de junio del año 2015, por la suma total de \$7.800.000 pesos en la cuenta corriente n° XXX del Banco BCI cuyo titular es C.P.F. conforme al documento N° 82, y al documento N°87, el cuentacorrentista contaba con ingresos registrados el 18 de mayo de 6 millones de pesos proveniente de un abono de crédito y el 19 de mayo de 7 millones de pesos y fracción a través de un depósito efectuado con cheque, del cual dio cuenta la mismo testigo Sierra [funcionaria de PDI], que era proveniente de un finiquito, ingresos que justifican los fondos para que la sociedad antes señalada adquiriera el camión placa patente xxx con fecha 8 de julio del 2015, el cual fue pagado mediante cheque al día serie n° ZZZ del Banco BCI de la cuenta corriente de C.P.F. en la suma de \$11.000.000 de pesos (...)”.

Así, parecería ser que el tribunal no cuestiona el origen –lícito o no– de la disposición patrimonial que realiza Nora en favor de su yerno C.P.F. con fecha 26 de junio de 2015, o su capacidad económica para hacerlo, sino que hace presente que este último ya tenía en la misma cuenta corriente a lo menos 13 millones de pesos producto de un crédito y un finiquito, ingresados un mes antes que Nora le transfiriera, es decir, en mayo de 2015.

Desde nuestra perspectiva, lo que se debió tener en cuenta, es que precisamente tratándose de dinero en efectivo que ingresa en la cuenta corriente de un testafiero, resulta difícil poder distinguir el dinero de fuente lícita de aquel que no la tiene, máxime si la disposición patrimonial del cuenta correntista ocurre dos semanas después que el dinero de origen ilícito ingresara a su patrimonio y habiéndose rendido suficientes pruebas en juicio, tendientes a acreditar que la usuaria final de dicho camión no era otra persona que la misma imputada¹⁵.

15 En este sentido, cabe señalar que la misma testigo Sierra, funcionaria de Policía de Investigaciones, a la que se refiere el tribunal en su considerando UNDECIMO, manifestó que era Nora quien utilizaba el referido camión, valiéndose para ello de evidencia obtenida desde sus redes sociales (documento N°75), que daban cuenta de fotografías en las que la encartada se encontraba haciendo uso del referido camión y portando además una gran cantidad de dinero en efectivo.

Lo anterior nos lleva –sin duda– a la discusión que se ha venido planteando en doctrina acerca de la limitación del objeto material del lavado, en relación con la cadena de sustituciones que sucesivamente se produzcan¹⁶. Siguiendo sobre este punto las ideas de Barton, Hernández plantea la situación de ausencia o no de significación jurídica del delito-base para el objeto material de lavado (el camión, en este caso), en razón de la mezcla en dicho objeto, de partes contaminadas con aquellas que no lo están, señalando además aquellos casos en que lo anterior tenga su génesis en la mezcla producida al interior de una cuenta corriente entre dinero “limpio” y dinero “contaminado”. La pregunta que se plantean Hernández y Barton en ese caso, es justamente la que nos debiésemos plantear. Si el dinero ingresado por Nora a la cuenta de C.P.F. era de \$7.800.000 y C.P.F. adquiere dos semanas después un camión en \$11.000.000, el dinero de Nora fue sustituido por un camión que –en parte– también proviene de dineros de origen lícito (3.2 millones), en consecuencia la pregunta es si está contaminado el camión por el lavado. En concreto, se trata de saber si la operación sobre el saldo de la cuenta corriente de C.P.F. el 8 de julio de 2015 recayó sobre un bien contaminado; sobre dinero contaminado y, al respecto, Hernández plantea dos alternativas viables:

(i) por un lado, *“considerar que todo el saldo está contaminado de acuerdo con el criterio adoptado [por Barton] para especies o cuerpos ciertos, de forma que cualquier operación posterior, sobre parte del total se considera una operación sobre objetos contaminados”*¹⁷; o bien,

(ii) por otro lado, *“considerar que solo una parte del saldo –expresada en un cierto límite de valor se encuentra contaminada, de modo que o todas las operaciones recaen necesariamente sobre dinero sucio (...) lo que a su vez puede vincularse con el orden en que los dineros de uno u otro carácter ingresaron en el fondo, por ejemplo, por aplicación del criterio contable del ‘last in first out’ conforme al cual se presume que el último bien generado es el primero en gastarse”*¹⁸.

Lo cierto es que, en el caso concreto, utilizando cualquiera de los dos criterios la conclusión debiese seguir siendo la misma: a lo menos 7.8 de los 11 millones utilizados para la compra del camión, corresponde al dinero proveniente de la estafa cometida por Nora. Conforme al primer criterio esbozado, desde el 26 de junio de 2015 todo el saldo de la cuenta de C.P.F. estaría contaminado por lo que el acto posterior de adquisición constituiría un acto de ocultamiento en

16 Cfr. HERNÁNDEZ, Héctor. “Límites del tipo objetivo de lavado de dinero”. En: RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (Coord.) *Delito, Pena y Proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2008, págs. 495-518.

17 HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 502.

18 HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 502.

favor de Nora (usuaria final del camión) y conforme al segundo criterio, si bien existieron ingresos lícitos en mayo de 2015 en la cuenta de C.P.F., lo cierto es que a la fecha en que se adquirió el camión –8 de julio de 2015–, el ingreso más próximo fue precisamente el depósito de Nora en la cuenta corriente de C.P.F. por 7.8 millones. En definitiva, parecería ser que contaminada la cuenta de C.P.F. las operaciones posteriores (todas o a lo menos la última) versará(n) sobre bienes contaminados. El camión en este sentido, sería objeto material del lavado en virtud de la sustitución que operó a raíz de la mezcla en la cuenta corriente de C.P.F. de dinero proveniente de la estafa cometida por Nora.

IV. Comiso por lavado y víctimas del delito base

Un aspecto relevante de la sentencia en comento dice relación con la discusión generada a propósito de la demanda civil presentada por la víctima en lo que respecta a los dos vehículos objeto de lavado, cuestión que consideramos puede haber influido directamente en la definición respecto de qué bienes caerían en comiso, según describimos en el punto anterior.

La discusión se plantea en torno a lo dispuesto por el artículo 189 inciso segundo del Código Procesal Penal. Dicha norma señala lo siguiente:

“Artículo 189 CPP: “Reclamaciones o tercerías. Las reclamaciones o tercerías que los intervinientes o terceros entablaren durante la investigación con el fin de obtener la restitución de objetos recogidos o incautados se tramitarán ante el juez de garantía. La resolución que recayere en el artículo así tramitado se limitará a declarar el derecho del reclamante sobre dichos objetos, pero no se efectuará la devolución de éstos sino hasta después de concluido el procedimiento, a menos que el tribunal considere innecesaria su conservación.”

Lo dispuesto en el inciso precedente no se atenderá a las cosas hurtadas, robadas o estafadas, las cuales se entregarán al dueño o legítimo tenedor en cualquier estado del procedimiento, una vez comprobado su dominio o tenencia por cualquier medio y establecido su valor (...) (énfasis añadido).

En efecto, en el considerando CUARTO de la sentencia, a propósito de la demanda civil, la víctima solicita el rechazo del comiso peticionado por el Ministerio Público, respecto de los dos vehículos señalados en el hecho 4. Lo anterior, dado que los actos jurídicos celebrados para su adquisición adolecerían de causa y objeto ilícito siendo ambos contratos nulos absolutamente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1462 y siguientes del Código Civil¹⁹. En subsidio, en caso que caigan en definitiva

¹⁹ *“Artículo 1462 CC: Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno (...).”*

en comiso, y de conformidad con el artículo 59 del Código Procesal Penal²⁰, solicita la retención y restitución de los dineros producto del remate de dichos vehículos, toda vez que los mismos fueron adquiridos con dineros que eran de propiedad del señor O.G. a raíz de la estafa de que fue víctima.

Al respecto, el tribunal condenó a Nora por lavado de dinero y en su considerando VIGÉSIMO decretó el comiso del vehículo CXBW (objeto material del hecho 4 letra a), no así del camión (objeto material del hecho 4 letra b). Posteriormente, en el considerando VIGÉSIMO SEXTO, luego de analizar y dar por establecidos los presupuestos legales de la responsabilidad civil extracontractual conforme a los artículos 2314²¹ y siguientes del Código Civil, el tribunal estimó que: “(...) *respecto a la pretensión del actor de hacer extensible la responsabilidad aquiliana a los hechos N° 4, por el lavado de activos, si bien es cierto se dio por acreditado tal delito por la acusada Escobar, el daño emergente real y directo que se reclama proviene de la estafa cometida en contra de O.G.P. y no por lo que sucediera después con el objeto de ocultar los dineros proveniente de ello. Por lo que resulta forzoso desestimar la solicitud del actor civil en orden a dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 189 del Código Procesal Penal, respecto a las reclamaciones o tercerías, por no ser éste el tribunal competente, puesto que el mismo articulado habla de solicitarlo al Juez de Garantía respectivo (...)*” (énfasis añadido).

El razonamiento del tribunal resulta interesante dado que si bien se hace cargo —en parte— de lo expuesto por la víctima en cuanto a los bienes objeto de lavado, no se pronuncia en específico acerca de la eventual nulidad absoluta de los contratos que sustentaron la adquisición de dichos bienes. Más bien, aborda el tema a propósito del daño emergente, para establecer que sólo es daño emergente aquel que proviene de la estafa y no lo que “*suceda después*”, frase que podríamos interpretar en el sentido de que quedarían excluidas de dicho concepto, las ‘sustituciones o transformaciones’ de que fuera objeto, el

20 “Artículo 59 CPP: Principio general. La acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, deberá interponerse siempre durante el respectivo procedimiento penal, de conformidad a lo previsto en el artículo 189.

Asimismo, durante la tramitación del procedimiento penal la víctima podrá deducir respecto del imputado, con arreglo a las prescripciones de este Código, todas las restantes acciones que tuvieren por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible. La víctima podrá también ejercer esas acciones civiles ante el tribunal civil correspondiente. Con todo, admitida a tramitación la demanda civil en el procedimiento penal, no se podrá deducir nuevamente ante un tribunal civil.

Con la sola excepción indicada en el inciso primero, las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado, deberán plantearse ante el tribunal civil que fuere competente de acuerdo a las reglas generales”.

21 “Artículo 2314 CC: El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

dinero proveniente del delito base. Finalmente, rechaza la alegación acerca de una reclamación sobre los dineros provenientes de un eventual remate de los bienes argumentando que dicha solicitud debía hacerse ante el juez de garantía conforme al artículo 189 CPP.

Lo anteriormente expuesto, no sería tan extraño si el tribunal no hubiera señalado, a continuación del rechazo de la solicitud de reclamación, que esto era así: (...) *Sin perjuicio de los otros derechos del demandante en orden a solicitar la restitución de los dineros producto del remate de los vehículos que se decretará su comiso (...)*”.

Ya señalamos en el apartado anterior que si bien se condenó por lavado del hecho 4 letra a) por la adquisición de un vehículo en \$1.600.000 y se decretó con posterioridad el comiso del mismo, no se condenó por lavado respecto del hecho 4 letra b) por la adquisición del camión avaluado en \$11.000.000, encontrándose ambos con medidas cautelares de prohibición de celebrar actos y contratos sobre los mismos. En este sentido, como bien sabrá el tribunal, el destino de los bienes decomisados se encuentra regulado por ley, existiendo a este respecto dos estatutos completamente diferenciados en lo que aquí nos interesa²²: el del Código Penal y el de la Ley 19.913. Dada la naturaleza de pena del comiso, una primera lectura de las normas legales es que ninguno de los estatutos antes mencionados contempla la posibilidad de destinar el producto del remate de bienes caídos en comiso, a la indemnización de perjuicio de las víctimas:

(a) Por un lado, en cuanto al destino de los bienes decomisados en el Código Penal, es necesario distinguir, en primer lugar, entre el **comiso de crímenes y simples** delitos, “*que puede extenderse ilimitadamente²³ a los bienes que han servido como instrumentos para la ejecución del delito o que son efectos del mismo*”²⁴, del **comiso de falta**, que sólo se extiende a los bienes indicados en los numerales del artículo 499 CP²⁵.

22 Sobre este punto y para mayor detalle, Cfr.: GUERRERO, ob. cit., págs. 211-243.

23 El artículo 281 CP establece excepcionalmente un límite para el comiso en materia de infracciones de las leyes y reglamentos referentes a loterías, casas de juego y de préstamo de prendas, de hasta 10 UTM.

24 SUÁREZ, Christian. “Análisis constitucional y legal de las penas de confiscación y comiso en el Código Penal y en la ley de estupefacientes”. En: POLITOFF, Sergio; y MATUS, Jean (Coord.). *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2000, p. 499.

25 Artículo 499 CP: “Caerán en comiso:

1°. Las armas que llevare el ofensor al hacer un daño o inferir injuria, si las hubiere demostrado;

2°. Las bebidas y comestibles deteriorados y nocivos;

3°. Los efectos falsificados, adulterados o averiados que se expendieren como legítimos o buenos;

El artículo 31 del Código Penal constituye la regla general en materia de comiso de crímenes y simples delitos en la legislación chilena. Dicha norma contempla el comiso en los siguientes términos:

Artículo 31 Código Penal: “Toda pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito”.

En este sentido, se entiende por instrumentos aquellos medios con los que se ejecutó el delito, comprendiendo únicamente los que fueron empleados o se encuentran relacionados con las acciones a las que son objetivamente imputables la realización del delito (por principio de proporcionalidad)²⁶. Para Ananías²⁷, “el uso del vocablo ‘y’ (en el artículo 31 CP) determina que todo instrumento nunca es efecto”, por lo que habría que precisar qué es lo que debe entenderse por “efectos” para estimar si podría considerarse dentro de este concepto la noción de ganancias. La Corte Suprema en 2012 incluyó dentro del alcance del artículo 31 CP a las ganancias²⁸ al sostener que el artículo 31 CP incorporaba dentro de su ámbito de aplicación a los efectos provenientes del delito y a las utilidades que hubiera originado, cualquiera sea su naturaleza jurídica o las transformaciones que hubiera experimentado, por lo que su explicación en el artículo 27 de la Ley 19.366 (hoy Ley 20.000) deviene en superflua, pues se encuentran comprendidas dentro de las reglas generales²⁹.

Ahora bien, el artículo 31 CP debe relacionarse además con los artículos 76 CP³⁰ y 348 inciso tercero CPP³¹ y con el artículo 469 CPP³². Este último

4°. Los comestibles en que se defraudare al público en cantidad o calidad;

5°. Las medidas o pesos falsos;

6°. Los enseres que sirvan para juegos o rifas;

7°. Los efectos que se empleen para adivinaciones u otros engaños semejantes”.

26 Cfr.: ANANÍAS, Ignacio. “El comiso de ganancias”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 21, Santiago, Chile, 2014, p. 183; quien señala al respecto que: “si se admitiera el comiso de bienes inmuebles (procedente en materia de lavado de activos, y tráfico de drogas, por lo demás) debería procederse al decomiso del laboratorio de anfetaminas, mas no al de local donde frecuentemente se hacia la tradición de las dadas al funcionario público”.

27 ANANÍAS, ob. cit., págs. 183 y sgtes.

28 C. Suprema. Recurso de casación en el fondo, contra Carlos Silva Leiva y otros. Rol N° 7840-2010, de 25 de junio de 2012 (considerandos 24 y 25).

29 ANANÍAS, ob. cit., p. 187.

30 *Artículo 76 CP: “Siempre que el tribunal imponga una pena que lleve consigo otras por disposición de la ley, según lo prescrito en el párrafo 3 de este título, condenara también al acusado expresamente en estas últimas”.*

31 *Artículo 348 inciso tercero CP: “(...) La sentencia condenatoria dispondrá también el comiso de los instrumentos o efectos del delito o su restitución, cuando fuere procedente (...)”.*

32 *“Artículo 469 CPP: Destino de las especies decomisadas. Los dineros y otros valores decomisados se destinarán a la Corporación Administrativa del Poder Judicial.*

establece que los dineros y otros valores decomisados en general, se destinarán a la Corporación Administrativa del Poder Judicial y que las demás especies decomisadas se pondrán a disposición de la Dirección General del Crédito Prendario para que proceda a su enajenación en subasta pública, o a destruirlas si carecieren de valor; estableciendo además que el producto de la enajenación tendrá el mismo destino ya señalado (Corporación Administrativa del Poder Judicial).

(b) Por otro lado, en cuanto al destino de los bienes decomisados en materia de lavado, cabe señalar que la Ley 19.913 que regula el lavado de activos en Chile, no establecía distinciones entre el destino de los bienes decomisados por el delito de lavado cuando éstos no procedían de un delito base de tráfico de drogas, sino que sólo se remitía a la Ley 20.000 en esta materia. Con la Ley 20.818 del 18 de febrero de 2015, se crea un nuevo artículo 36, que introduce la posibilidad de destinar bienes incautados y decomisados al control del delito de lavado de dinero y no a la prevención y rehabilitación del consumo de drogas (SENDA), en los siguientes términos:

“Artículo 36 Ley 19.913: Los bienes incautados o el producto de los decomisados en investigaciones por lavado de activos podrán ser destinados, en los términos que establecen los artículos 40 y 46 de la ley 20.000, en todo o parte, a la persecución de dicho delito” (énfasis añadido).

En este sentido, a diferencia de la regulación previa al año 2015, en que el producto de la enajenación iba destinado a SENDA o a la CAPJ, dependiendo del tipo de delito (tráfico ilícito de estupefacientes en el primer caso), el nuevo artículo 36 de la Ley 19.913 estableció que el producto de los bienes decomisados por lavado de activos podrá ser destinado a la persecución de este delito (lavado)³³. De lo anteriormente expuesto y ante la pregunta de si es posible que este nuevo destino contemple indemnizaciones a las víctimas, la respuesta –en una primera lectura del artículo 36– es que parecería ser que no, por la naturaleza de pena que tiene el comiso en nuestra legislación.

Si el tribunal estimare necesario ordenar la destrucción de las especies, se llevará a cabo bajo la responsabilidad del administrador del tribunal, salvo que se le encomendare a otro organismo público. En todo caso, se registrará la ejecución de la diligencia.

Las demás especies decomisadas se pondrán a disposición de la Dirección General del Crédito Prendario para que proceda a su enajenación en subasta pública, o a destruirlas si carecieren de valor. El producto de la enajenación tendrá el mismo destino que se señala en el inciso primero. En los casos de los artículos 366 quinquies, 374 bis, inciso primero, y 374 ter del Código Penal, el tribunal destinará los instrumentos tecnológicos decomisados, tales como computadores, reproductores de imágenes o sonidos y otros similares, al Servicio Nacional de Menores o a los departamentos especializados en la materia de los organismos policiales que correspondan”.

33 Eso sí, desde ya habría que advertir, que es necesario que exista un reglamento para que pueda ser ejecutable este nuevo destino, y éste aún no se ha dictado.

Esto nos lleva a preguntarnos en definitiva por el alcance de lo resuelto por el Tribunal Oral en lo Penal de Arica, en su considerando VIGÉSIMO SEXTO al negar la pretensión de la víctima conforme al 189 CPP: “(...) *Sin perjuicio de los otros derechos del demandante en orden a solicitar la restitución de los dineros producto del remate de los vehículos que se decretará su comiso (...)*” (énfasis añadido). Al respecto, ¿qué quiso decir el tribunal?

- a. Una primera interpretación sería que el tribunal estima que civilmente y conforme al artículo 189 inciso segundo CPP es factible solicitar por parte de la víctima de un delito de estafa, que se le restituyan los dineros producto del remate, pero debe hacerlo ante quien corresponda, es decir, ante el Juez de Garantía. Sin embargo, la referida norma se refiere exclusivamente –y así lo señala expresamente– a objetos recogidos o incautados, en circunstancias de que aquí estamos en presencia de un bien decomisado.
- b. Una segunda interpretación es estimar que se rechaza la pretensión conforme al 189 CPP sin perjuicio de las acciones que pueda entablar ante el Juez de Garantía, respecto del vehículo que no cayó en comiso (camión), pero que aún se encuentra incautado y con prohibición de enajenar. Detrás de esta interpretación podría estar además el hecho de que se excluyera del comiso el camión aludido, y no se calificara como lavado el hecho 4 letra b) ya tantas veces mencionado, para efectos de que la víctima pudiera impetrar acciones civiles que le permitan resarcirse con el valor de éste. Pero esto último sería tal vez una construcción demasiado alambicada.

Ahora bien, una tercera interpretación sería estimar que el tribunal no estaba pensando en el 189 CPP, sino que más bien se podría haber referido a otras normas que el ordenamiento jurídico contempla en favor de las víctimas del proceso penal, tanto en el Código Procesal Penal (artículos 6, 78, por ejemplo) como en el Código Penal (artículo 48) además de las normas que contempla el Código Civil, para efectos de que estos puedan ejercer sus derechos, tendientes a lograr una reparación real y efectiva, ante aun un eventual enriquecimiento ilícito del Estado en su desmedro. ¿Podría ser esta una interpretación factible?

V. Excurso: ¿hacia una nueva lectura del artículo 36?

Ya hemos dicho previamente que, dada la naturaleza de pena del comiso, nuestra legislación no contempla expresamente el que se deba indemnizar previamente a la víctima con el producto de la enajenación del bien respectivo. Sin perjuicio de lo anterior, una doble lectura del artículo 36 de la Ley 19.913 de conformidad con las normas que regulan el estatuto de las víctimas en el proceso penal chileno, los tratados internacionales en la materia y en el Plan Estratégico 2016-2022 del Ministerio Público enfocado en la protección

de las víctimas³⁴, podrían brindar una alternativa distinta, máxime si se considera que el presente caso sometido a análisis es sólo uno de tantos otros que vendrán a futuro, en que se impute y condene por el delito de lavado de dinero existiendo víctimas del delito base:

*“Artículo 36 Ley 19.913: Los bienes incautados o el producto de los decomisados en investigaciones por lavado de activos **podrán ser destinados, en los términos que establecen los artículos 40 y 46 de la ley 20.000, en todo o parte, a la persecución de dicho delito**” (énfasis añadido).*

Si tuviéramos que descomponer el artículo 36 para su análisis, podríamos decir que contempla los siguientes elementos:

- i. **Ámbito de aplicación:** bienes incautados o el producto de los decomisados, por estos últimos entendemos el dinero que se obtenga con posterioridad a que los bienes decomisados sean enajenados en pública subasta.
- ii. **Determinación facultativa de su destino en favor de la persecución del delito de lavado:** la norma señala que “podrán ser destinados” a diferencia de lo que ocurre en materia de drogas con el artículo 46 de la Ley 20.000, en que luego de establecer la forma en que se llevará a cabo, establece en su inciso segundo que el producto de la enajenación de los bienes y valores decomisados y los dineros en tal situación “ingresarán” a un fondo especial del Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA); y a diferencia de lo que ocurre además con el estatuto del Código Penal para los demás delitos en que se establece que “se destinarán” a la Corporación Administrativa del Poder Judicial (CAPJ) según lo dispone el artículo 469 CPP.
- iii. **Remisión a la Ley de Drogas para efectos de establecer los aspectos formales de la enajenación:** el artículo 36 señala que, tratándose de los bienes incautados, el proceso se llevará a cabo conforme al artículo 40 de la Ley de Drogas, mientras que, tratándose del producto de los bienes decomisados, será conforme al artículo 46. Esta última norma establece que la enajenación se hará en pública subasta y por la Dirección General del Crédito Prendario. Por lo tanto, estimamos que la referencia a dichas normas se realizó únicamente para establecer la forma en que la enajenación debía llevarse a cabo y la institución encargada de hacerlo.
- iv. **“En todo o en parte, a la persecución del lavado”:** es decir, la misma norma establece que no necesariamente todo el producto de la enajenación del bien decomisado deba ir a la persecución del lavado, sino que deja abierta la posibilidad de que se destine ‘a algo más’.

34 FISCALIA DE CHILE. Plan Estratégico Ministerio Público 2016-2022 [en línea]. Santiago, Chile, 2016. Disponible en: <http://online.fliphtml5.com/cxcn/ycnx/> [fecha de consulta: 22 de enero de 2018].

Sobre este último aspecto, tendríamos entonces que preguntarnos sobre qué podría ser ese ‘algo más’, y una posible alternativa a evaluar es la factibilidad de que el producto de la enajenación pueda ir o no destinado –en parte– a las víctimas, en la medida que éstas ejerzan acciones civiles contra dicho producto de conformidad con el inciso final del artículo 59 CPP en sede civil. Explorando esta vía, uno podría pensar que detrás de esta posibilidad subyace justamente la aplicación del principio transversal de nuestro ordenamiento jurídico de la prohibición del enriquecimiento sin causa por parte del Estado y que al negar la posibilidad de que las víctimas de un delito base puedan ser indemnizadas con el producto de los bienes decomisados, se las dejaría en desprotección frente a la aplicación del comiso de todos los bienes objeto de lavado, y que tienen su origen en el delito base de que fueron víctimas. Lo anterior, se hace más latente si consideramos el patrimonio limitado de los condenados no sólo frente a las pretensiones de resarcimiento de las víctimas, sino que también la eventual presencia de acreedores, liquidadores, pago de multas asociadas, costas procesales etc. y que –por lo mismo– el mismo Código Penal contempla un orden de prelación en el caso que el condenado no tuviere bienes suficientes para cubrir las responsabilidades pecuniarias.

En cualquier caso, y mientras no exista en el Código Penal actual una modificación como la que se pretende establecer en el Proyecto del Código Penal chileno de 2013³⁵ (que contempla expresamente, la posibilidad de que la acción de la víctima del delito se ejerza sobre los bienes decomisados), me parece que se deben buscar y vale la pena explorar las interpretaciones jurídicas de las distintas normas en juego que permitan dar cumplimiento a las obligaciones de protección a las víctimas de delitos establecidas tanto en tratados internacionales, como en nuestra propia ley.

35 Art. 138 PCP: “Acción civil de la víctima. La acción civil de la víctima del delito podrá ejercerse sobre los bienes decomisados conforme a las disposiciones de los Párrafos 2 y 3 de este título”.

REFLEXIONES SOBRE EL SECRETO BANCARIO, EL DELITO DE VIOLACIÓN DEL MISMO Y LA PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DEL PODER JUDICIAL

Bárbara L. Sanhueza Arancibia¹

El secreto bancario, desde el punto de vista jurídico, tiene un indudable carácter interdisciplinario en nuestro ordenamiento. Originariamente se podría pensar que su estudio corresponde a la materia mercantil, ya que el derecho comercial estudia el estatuto de los bancos. No obstante, muchos aspectos del secreto bancario se relacionan estrechamente, entre otras disciplinas, con el derecho tributario, el derecho administrativo, el derecho procesal, el derecho civil, y desde luego con el derecho constitucional. En el caso del derecho penal, su ámbito de incidencia se encuentra con el delito de violación de secreto bancario, y con su alzamiento en determinados contextos.

La configuración y la fijación de los extremos de manifestación del secreto bancario, dependerá de la forma en que se encuentren acentuados los principios jurídicos que encierra cada una de estas áreas del derecho.

1. Aspectos generales del secreto bancario

1.1 Fundamentos del secreto bancario

En relación al concepto de secreto como tal, no existe una definición legal. A pesar de que el derecho reconoce en innumerables reglas pertenecientes al sistema, la necesidad de mantener cierta clase de información sometida a un régimen de secreto (en términos muy sencillos, por ahora, protegidos del conocimiento público), no existe en nuestro ordenamiento una definición general respecto del concepto de secreto y menos de cómo esta noción se complementa cuando lo secreto se predica de la actividad bancaria.

Los intereses que giran en torno al secreto bancario son variados, pudiendo provenir de parte de los clientes (que buscan la privacidad de sus secretos, exigiendo a los bancos que los mantengan en su calidad de tales a los ojos de los demás), o provenientes de la Administración (que, en función de sus cometidos de interés público -dirá-, debe conocer ampliamente la situación financiera de los particulares)².

1 Abogada de la Unidad Especializada de Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público, Chile.

2 VERGARA BLANCO, Alejandro. *El Secreto Bancario. Sobre su Fundamento, Legislación y Jurisprudencia*. 1ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1990, p. 17.

Con el objeto de equilibrar estos intereses, se han formulado distintas aproximaciones, tales como la francesa (seguida parcialmente por Italia y por España) que entiende el secreto bancario como una modalidad de secreto profesional u obligación profesional del “banquero”³. Esta aproximación ha merecido algunas críticas, tales como la inexistencia de una relación personal en el contexto de organizaciones cada vez más complejas, así como la dificultad de identificar al responsable individual (persona natural). Entre nosotros, esta línea de argumentos de justificación es descartada por Vergara Blanco por las razones antes expuestas, sin embargo, al menos en el caso del secreto profesional del abogado, actualmente, en los estudios de abogados todos sus miembros son obligados a respetar el secreto, y no sólo el abogado con el que el cliente interactúa directamente.

En todo caso, esta hipótesis no parece explicar de manera satisfactoria y concluyente el secreto bancario, sino más bien parece una explicación intermedia, pero no final del mismo. En el caso de los demás secretos profesionales, se busca resguardar otro bien jurídico (por ejemplo en el caso del abogado, el derecho a defensa, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, etc.), por lo que el secreto profesional en cuanto tal, no sería sino una manifestación de ese “otro” fundamento⁴.

Otra posible argumentación es el uso mercantil. El origen de esta explicación, se encuentra en la naturaleza del contrato bancario como una relación de confianza, la que según esta postura, daría una base para el derecho positivo. Sin embargo esta postura cuenta con la evidente debilidad de encontrar su razón de ser en una fuente secundaria del derecho, la que puede ser inmediatamente superada por una con un contenido normativo de grado superior. En la misma línea existen similares fundamentaciones (la fuente convencional, o por voluntad de las partes, en términos de una obligación accesoria del contrato entre el cliente y el banco; correcta ejecución del contrato y de la buena fe, etc.).

En el otro extremo se encuentra la tesis que fundamenta el secreto bancario en la protección de la actividad bancaria. Hay autores que junto con buscar un

3 VERGARA, ob. cit., p. 18.

4 En este sentido, RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena. *Delitos contra la función pública*. Segunda edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 228, en el contexto del análisis de la prevaricación de abogados y procuradores. En particular: “2.2.2. Revelar secretos (art.231 CP) Es considerado un delito pluriofensivo, que implica una deslealtad al cliente, quebranta la garantía de sigilo y discreción necesaria a las actuaciones judiciales y, en todo caso, lesiona la intimidad del cliente. Como esto último parece ser lo determinante del injusto típico, el Código Penal español de 1995, por ejemplo, ha optado por excluir este comportamiento de entre los delitos relativos a la Administración de Justicia, e incriminarlo entre los delitos contra la intimidad”.

sustento normativo al secreto bancario, han justificado su eventual inclusión en ciertos presupuestos positivos, basados en la tutela que el legislador -a su entender- prestaría a la actividad bancaria. Así se ha sostenido por ejemplo en Italia que la protección legislativa del secreto bancario obedecería a una finalidad de orden público de protección del sistema crediticio, más que a una finalidad de orden privado. Sin perjuicio de lo razonable (en términos amplios) de dicha argumentación, resulta imprecisa y no se refiere directamente al secreto bancario.

Tal y como señala Vergara Blanco: *“Ante la imposibilidad de encontrar, en muchos casos, un dato normativo específico en qué fundar positivamente el instituto del secreto bancario, o, entre otros casos, para justificar su expresión legal, se ha concebido como un verdadero derecho de la personalidad, en la perspectiva del reconocimiento de un general derecho de cada uno a la intimidad”*⁵.

No deja de ser relevante considerar que esta tesis, que se expondrá a continuación (y que ha sido la recogida por nuestros tribunales superiores de justicia y nuestro Tribunal Constitucional⁶), no es sino un intento no del todo convincente por encontrar la justificación a una institución jurídica que no cuenta con una causa clara. Aunque la reflexión relativa al verdadero fundamento del secreto bancario no es sólo interesante sino además necesaria (el debate sigue plenamente vigente), no será abordada en extenso en esta oportunidad.

Como hipótesis de trabajo, y en particular al momento de definir el bien jurídico protegido por el delito de violación de secreto bancario, entenderemos que el secreto bancario es una manifestación del derecho a la intimidad. Esto se justifica en un escenario marcado por explicaciones abiertamente deficitarias (al exhibir todas ellas carencias asociadas a su potencial explicativo), y con miras a avanzar en los distintos aspectos que serán abordados en este trabajo.

La defensa doctrinal del planteamiento que aquí se sostiene como hipótesis de trabajo debe partir de una correcta comprensión de lo íntimo y de lo secreto, y de su importancia frente al derecho. Lo íntimo de cada persona es todo aquello que los demás no pueden invadir, hasta el punto que se ha llegado a sostener que incluso una toma de conocimiento se encontraría descartada.

Estos derechos de la personalidad, han ido aumentando a medida que transcurren los años y se perfeccionan las instituciones jurídicas, ante la complejidad y cambios de la vida moderna. Es así como hoy en día el derecho

5 VERGARA, ob. cit., p. 44.

6 Tribunal Constitucional, 25 de enero de 2005, Rol N° 433.01-005.

a la intimidad es incluido por prácticamente toda la doctrina en el cuadro de estos derechos de la personalidad.

Este derecho a la intimidad “importa el deber de los extraños a respetar el ámbito netamente privado del individuo, absteniéndose de dar a la publicidad las actividades propias y puramente personales del sujeto y que él mismo desea no se divulguen”⁷.

En este contexto, la doctrina moderna, afirma que el aspecto económico o patrimonial forma parte de la intimidad de las personas que resguardan los derechos de la personalidad. Se sostiene que no habría reparo alguno en incluir dentro de la intimidad de los ciudadanos todos los hechos respecto de su patrimonio, como dato puesto necesariamente en conocimiento de los banqueros, intimidad económica o patrimonial que, por aplicación del secreto bancario, éstos no podrán dar a conocer a terceros.

1.2 Historia legislativa nacional y actual redacción

La fuente jurídica actual e inmediata del secreto bancario es legal, y la norma en virtud de la cual se encuentra consagrado en el ordenamiento jurídico es el artículo 154⁸ de la Ley General de Bancos.

7 VERGARA, ob. cit., p. 48.

8 Artículo 154.- Los depósitos y captaciones de cualquiera naturaleza que reciban los bancos están sujetos a secreto bancario y no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular o a quien haya sido expresamente autorizado por él o a la persona que lo represente legalmente. El que infringiere la norma anterior será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

Las demás operaciones quedan sujetas a reserva y los bancos solamente podrán darlas a conocer a quien demuestre un interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar daño patrimonial al cliente. No obstante, con el objeto de evaluar la situación del banco, éste podrá dar acceso al conocimiento detallado de estas operaciones y sus antecedentes a firmas especializadas, las que quedarán sometidas a la reserva establecida en este inciso y siempre que la Superintendencia las apruebe e inscriba en el registro que abrirá para estos efectos.

En todo caso, los bancos podrán dar a conocer las operaciones señaladas en los incisos anteriores, en términos globales, no personalizados ni parcializados, sólo para fines estadísticos o de información cuando exista un interés público o general comprometido, calificado por la Superintendencia.

La justicia ordinaria y la militar, en las causas que estuvieren conociendo, podrán ordenar la remisión de aquellos antecedentes relativos a operaciones específicas que tengan relación directa con el proceso, sobre los depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquier naturaleza que hayan efectuado quienes tengan carácter de parte o imputado en esas causas u ordenar su examen, si fuere necesario.

Los fiscales del Ministerio Público, previa autorización del juez de garantía, podrán asimismo examinar o pedir que se les remitan los antecedentes indicados en el inciso anterior, que se relacionen directamente con las investigaciones a su cargo.

En el ordenamiento chileno el secreto bancario encontraría su fuente mediata en la Constitución (siguiendo el fundamento antes postulado), al consagrar ésta, como garantías, el respeto y protección a la vida privada y la inviolabilidad de los documentos privados, campo en que están insertas las intimidades económicas del individuo. Consecuentemente, el legislador, en vista de que la Constitución consideraría como bien jurídicamente protegido la intimidad económica del individuo como fuente del derecho, en el caso del secreto bancario, se trataría de una forma de expresa consagración. Así habría nacido, legalmente, el secreto bancario.

Sin perjuicio de intentos anteriores que no rindieron frutos, en 1986, el Ejecutivo, a través del Ministerio de Hacienda, elaboró un proyecto de ley con el objeto de introducir profundas modificaciones a la legislación bancaria y financiera dentro de la cual, con un nuevo criterio, se incorporaron disposiciones acerca del secreto bancario⁹.

Según se dejó constancia en el respectivo Informe Técnico acompañado al proyecto, la única disposición legal vigente a esa fecha que establecía el secreto de las operaciones bancarias era la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, norma que convenía en todo caso conservar -como se hizo-, tanto por su tradición como porque la cuenta corriente bancaria tiene características diferentes a los demás depósitos y captaciones que reciben los bancos¹⁰.

Si bien el legislador habría prestado su protección a la privacidad de las personas por un lado, por otro, se explicita que también debe defenderse el interés público, sobre todo en cuanto a préstamos y riesgos bancarios. Este es el sistema sobre secreto bancario establecido en Chile el que finalmente se encuentra consagrado en la Ley General de Bancos en su artículo 154, contemplando diversas modificaciones a lo largo del tiempo.

En Chile resultaba patente la necesidad de una consagración legal con el objeto de evitar controversias entre bancos y organismos fiscalizadores; también con el objeto de consagrar definitivamente la responsabilidad civil y penal del

Con todo, en las investigaciones seguidas por los delitos establecidos en los artículos 27 y 28 de la ley N° 19.913, los fiscales del Ministerio Público, con autorización del juez de garantía, otorgada por resolución fundada dictada en conformidad con el artículo 236 del Código Procesal Penal, podrán requerir la entrega de todos los antecedentes o copias de documentos sobre depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquier naturaleza, de personas, comunidades, entidades o asociaciones de hecho que sean objeto de la investigación y que se relacionen con aquella.

9 VERGARA, ob. cit., p. 55.

10 VERGARA, ob. cit., p. 55.

banquero que infrinja el deber de secreto. Todo ello bajo el prisma del respeto a la privacidad económica de los individuos que asegura la Constitución¹¹.

2. Delito de violación de secreto bancario

Este delito se encuentra contemplado en el artículo 154 de la Ley General de Bancos.

*Inciso 1: Los depósitos y captaciones de cualquiera naturaleza que reciban los bancos están sujetos a secreto bancario y no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular o a quien haya sido expresamente autorizado por él o a la persona que lo represente legalmente. **El que infringiere la norma anterior será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.***

2.1 Conducta típica

En relación a la conducta típica, según el actual artículo 154 de la LGB, comete el delito “El que infringiere la norma”, la que específicamente señala: “*Los depósitos y captaciones de cualquiera naturaleza que reciban los bancos están sujetos a secreto bancario y **no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones***”.

Esto quiere decir, que el verbo rector consiste en “proporcionar antecedentes” relativos a determinadas operaciones.

El verbo rector (proporcionar) dice relación directa con el núcleo del tipo penal. Esto quiere decir que el delito se explica sólo en la medida que el destinatario, en efecto, recibe la información y es capaz de disponer de ella.

La RAE señala entre sus acepciones las siguientes para el verbo proporcionar:

(De proporción)

1. tr. Disponer y ordenar algo con la debida correspondencia en sus partes.
2. tr. Poner en aptitud o disposición las cosas, a fin de conseguir lo que se desea. U. t. c. prnl.
- 3. tr. Poner a disposición de alguien lo que necesita o le conviene. U. t. c. prnl.** (el destacado es nuestro).

11 Constitución Política de la República. Artículo 19 (...) 4º.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia;
5º.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley;

Esto quiere decir que la acción correspondiente a este delito sólo puede comenzar a ejecutarse en el momento en que el receptor de la información está en condiciones de disponer de ella, es decir, la tiene en su poder.

El tipo penal descrito en el inciso primero del artículo 154 de la Ley General de Bancos supone un actuar doloso por parte de los responsables.

Por tanto, el sujeto que realiza la conducta tiene que haber proporcionado los antecedentes a terceros conociendo y sabiendo que su entrega a determinadas personas se encontraba fuera de las excepciones establecidas por la ley.

No existe correlato imprudente o culposo para esta figura.

Las excepciones del inciso cuarto, que inciden directamente en materia procesal, serán revisadas aparte.

2.2 Objeto del delito

De acuerdo con el texto de la ley, el objeto sobre el cual recae la conducta ilícita lo constituyen los antecedentes relativos a determinadas operaciones, y esas operaciones son, precisamente aquellas vinculadas con los depósitos y captaciones de cualquiera naturaleza que reciban los bancos. En este sentido vale la pena recordar las reflexiones sobre el concepto de secreto que realizan RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDÓN a propósito del delito de revelación de secretos: “A partir de estas definiciones es necesario precisar que el secreto es el conocimiento reservado y no el objeto sobre el que incide, de manera que los documentos o sustentos materiales donde consta la información o conocimiento no son constitutivos del secreto mismo, sino que simplemente serán el objeto o el vehículo material de la expresión que lo incorpora”¹².

2.3 Bien jurídico protegido

En relación a este aspecto, además de sostener como hipótesis de trabajo el derecho a la intimidad constitucionalmente consagrado, en este punto nos remitimos a lo señalado en el apartado 1.1 sobre “Fundamentos del secreto bancario”.

2.4 Sujetos del delito

Atendida la denominación del propio delito (basado en la institución del secreto bancario), parecería fácil y obvio determinar que el sujeto pasivo

12 RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDÓN, ob. cit., p. 465.

de la obligación de secreto bancario es cada banco (o, dicho en términos más estrictos, cada una de las personas que actúan en representación de la institución financiera). Lo anterior se debe a que es el cliente quien puede exigir el cumplimiento de dicha obligación. Sin embargo, no sólo los bancos como tales están obligados al secreto bancario, sino también todos aquellos que se dedican al negocio del dinero.

Esto nos permite explorar las características del sujeto activo de este delito. Resulta particularmente interesante el hecho de tratarse, aparentemente, de un delito de sujeto calificado común (“el que (...”), sin embargo, al advertir que no todo el mundo es sujeto pasivo de la obligación de secreto bancario, se revela un sujeto activo calificado de características bastante particulares.

Tal como señala Vergara Blanco¹³, en Chile, como se verá, hay argumentos legales suficientes para defender la orientación que prima en el derecho comparado en cuanto a que la obligación al secreto bancario *latu sensu* vincula, por un lado, a todas las instituciones que se dedican al negocio del dinero (no sólo a los bancos); y, por otro, obliga a todo el personal de éstas y no sólo a los que ostentan cargos directivos o de representación sino también a los dependientes o empleados.

En este sentido al momento de la publicación del libro de Vergara Blanco, se incluían además de los bancos comerciales y el Banco del Estado, las sociedades financieras¹⁴.

Se hace una especial mención a los empleados, funcionarios o dependientes. Están obligados a guardar el secreto bancario todas las personas que presten servicios en el banco, cualquiera que sea el nexo con éste, y que por razón de ello hayan conocido cualquier noticia, dato o antecedente sobre los aspectos económicos de un cliente.

Esta obligación emana de la propia obligación legal del banco. Si es una obligación del banco, como institución, mantener este secreto, con mayor razón es obligación para sus empleados. Debe distinguirse aquí a los dependientes de los órganos de expresión del banco, como gerentes o directores, ya que éstos también pueden actuar por el ente en cuanto persona jurídica. Si así no lo hacen, quedan igualmente sujetos al secreto en calidad de personas naturales.

13 VERGARA, ob. cit., p. 60.

14 Sin embargo, se hace presente que estas instituciones fueron derogadas por el N° 14 del artículo 3° de la Ley 20.190, publicada el 05.06.2007, que derogó el Título XIV de la Ley General de Bancos (“Sociedades Financieras”) y todas las referencias a ellas contenidas en la ley.

Por lo demás, los propios contratos de los empleados bancarios tradicionalmente contemplan una cláusula del tenor siguiente: “Considerando que en una empresa bancaria son bases esenciales de su funcionamiento y desarrollo, el prestigio y la confianza que en él tenga el público (...), el empleado se obliga a guardar la más absoluta reserva de las operaciones del banco y sobre las que ejecuten sus clientes (...), bajo sanción de caducidad del contrato y sin perjuicio de las acciones civiles y penales que sean procedentes”. Como señala Morand¹⁵, la obligación del secreto o reserva afecta a todo el que, en alguna forma, trabaja en un banco o lo representa, e incluye también a personas que, sin prestar servicios dentro de la empresa, tienen que imponerse de sus operaciones, como ocurre con los auditores externos¹⁶.

Esto es relevante, ya que si en un futuro (lejano, por cierto), se incorporaran delitos al catálogo de la lista de delitos susceptibles de ser cometidos por personas jurídicas, éste debiese encontrarse entre las primeras incorporaciones, y estas distinciones tendrían una relevancia distinta.

En relación al *sujeto pasivo* del delito, si se considera que el sujeto activo de la obligación de mantener el secreto es el cliente (fluye de la propia definición del instituto, pues siempre se trata de resguardar secretos del cliente. Ahora, si en general cliente es aquel que utiliza los servicios de otro, en nuestro tema, cliente de un banco sería todo aquel que utiliza los servicios que presten las instituciones bancarias), entonces podemos aseverar que éste sería, desde luego, el sujeto pasivo del delito.

Sin perjuicio de que estamos frente a un delito de acción penal pública, es relevante distinguir las distintas situaciones que pueden presentarse, con el objeto de, restringir o ampliar según corresponda, el alcance del tipo penal. Así, puede entenderse por cliente¹⁷:

a) Persona que habitualmente recurre a un banco, o que tiene para éste el carácter de “cliente”, por ser, por ejemplo, cuentacorrentista, o realizar con el banco diferentes tipos de operaciones bancarias; y no sólo de depósitos o captaciones, sino también de comercio exterior, de créditos especiales, comisiones de confianza, etc. En este caso no hay duda de su calidad de cliente para los efectos de ser sujeto del secreto bancario, sobre todo si ha existido algún depósito o captación de dinero, encontrándonos de lleno en la hipótesis señalada en el artículo 154, inciso 1, de la Ley General de Bancos.

15 MORAND, Luis, *Legislación Bancaria*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2015, p. 74.

16 VERGARA, ob. cit., p. 64.

17 VERGARA, ob. cit., págs. 59 y sgtes.

b) Persona que realiza “actos preparatorios” para llegar a ser “cliente” del banco, en el sentido utilizado por ellos, por ejemplo, cuentacorrentista. Es la persona que ha formulado solicitudes a un banco con el objeto, por ejemplo, de convertirse en cuentacorrentista, o de pedir algún crédito. Estos son verdaderos “actos preparatorios” de una eventual relación jurídica permanente con el banco, en virtud de los cuales la persona revelará al banco variados antecedentes sobre su fortuna o proyectos en relación con ella. En caso de que el banco rechace estas solicitudes y, en definitiva no se realicen las operaciones proyectadas, estas personas, para los efectos del secreto bancario, deben ser consideradas clientes, y el banco está obligado a mantener en secreto todos los datos por ellas aportados.

No podría ser de otra manera, ya que esta persona ha entregado al banco parte de su intimidad económica que, por los fundamentos señalados para la institución, el banco no debe revelar. Nos encontramos aquí en la hipótesis de las “demás operaciones” que señala el inciso 2 del artículo 154 de la Ley General de Bancos.

Por otra parte, y por razones más que obvias, no será cliente quien entra en relaciones con el banco por motivos ajenos al giro: empleados, proveedores de útiles, prestadores de servicios, etc.

En relación a la temporalidad, la obligación del banco a guardar secreto o reserva persiste aún más allá del término de las operaciones, o más allá de la pérdida de la calidad de cliente, aunque las operaciones realizadas ocupen un espacio en el tiempo que puede ser limitado.

3. Excepciones: Secreto bancario y proceso

Como se advirtió anteriormente, el inciso cuarto del artículo 154 de la Ley General de Bancos, contempla una de las excepciones más importantes al secreto bancario.

Se analizará en este apartado, ya que se busca explicitar la tensión que existe entre el derecho a la intimidad, esgrimido en los términos ya señalados como fundamento del secreto bancario, y la publicidad de los actos del poder judicial.

Nuestro ordenamiento jurídico establece en el inciso cuarto, la siguiente norma procesal básica en esta materia:

La justicia ordinaria y la militar, en las causas que estuvieren conociendo, podrán ordenar la remisión de aquellos antecedentes relativos a operaciones específicas que tengan relación directa con el proceso, sobre los depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquier naturaleza que hayan efectuado quienes tengan carácter de parte o imputado en esas causas u ordenar su examen, si fuere necesario.

Esta es la regla general en la materia. Esta norma determina los “casos y formas” en que pueden interceptarse, abrirse o registrarse documentos privados que de acuerdo con la Constitución serían en principio inviolables.

Con el objeto de explorar el alcance que debe dársele hoy a esta institución jurídica, se revisará la forma y los términos en que esta norma fue introducida originalmente, de esta manera buscaremos no sólo remitirnos al texto legal actualmente vigente, sino también a los inconvenientes y la naturaleza del debate que se presentó durante su tramitación. Esto a su vez, servirá también como criterio de orientación para la interpretación de la norma.

La norma del inciso cuarto del actual artículo 154 de la Ley General de Bancos fue introducida al ordenamiento por la Ley 18.576 de 1986, la que sufrió algunas modificaciones en su tramitación.

Originalmente el proyecto casi no contemplaba límites a esta atribución y su redacción era la siguiente: “*Los tribunales ordinarios de justicia, en las causas que estuviesen conociendo, podrán ordenar la remisión de antecedentes sobre los depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquiera naturaleza que hayan efectuado quienes sean parte en el proceso, u ordenar su examen si fuese necesario*”¹⁸.

En otras palabras, la sola existencia de un juicio en el que fuese parte un cliente bastaba para levantar el secreto bancario. Como se puede apreciar, no existía originalmente ni la exigencia referida a la determinación de las operaciones, ni la relación directa con el proceso.

Esta amplitud fue observada y modificada por las Comisiones Legislativas de la época, las que identificaron principalmente el siguiente riesgo de autorizar sin más el levantamiento del secreto bancario cada vez que un magistrado solicitara un informe: importaría burlar la pretendida garantía de reserva de los antecedentes concretada en el delito de violación de secreto.

Si se piensa con detención, bastaría con que alguien interesado en conocer determinados datos de la actividad bancaria de un tercero aprovechara una acción que eventualmente pudiera tener contra éste y en la estación procesal oportuna ofreciera prueba de informes, requiriendo respuesta por la institución bancaria a determinado cuestionario más o menos vinculado con el litigio para que hubiera logrado su aspiración sin sanción ni riesgo alguno.

Durante la discusión, y en una línea congruente con lo anterior, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras hizo presente lo

18 VERGARA, ob. cit., p. 67.

siguiente: *“De la historia fidedigna del establecimiento de la Ley se desprende que la remisión a la justicia ordinaria y a la militar tuvo por objeto específico negar esta facultad a la justicia arbitral y que, por otra parte, las autoridades que están facultadas por leyes especiales para ordenar que se les proporcionen datos sobre cuentas corrientes no tienen igual facultad para recabar antecedentes sobre los depósitos y captaciones amparados por el secreto bancario en virtud de la nueva disposición”*.

La solución, y con el objeto de dar mayor exactitud al precepto, se incorporaron las restricciones antes mencionadas y, además, se agregaron las expresiones “inculpado” y “reo” en referencia a los juicios penales¹⁹.

Para que se produzca esta excepción (o sea, la develación del secreto bancario) deben cumplirse los siguientes requisitos:

- La existencia de un juicio, esto es, de una contienda actual entre partes y cuyo conocimiento corresponda a la justicia ordinaria o a la militar (con excepción, por cierto, de los tribunales arbitrales).
- Los antecedentes bancarios que el juez ordene remitir o examinar deben ser relativos a operaciones específicas y que tengan relación directa con el proceso.
- Además, dichos antecedentes deben ser sobre los depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquier naturaleza que hayan efectuado quienes tengan carácter de parte o inculpado o reo (hoy imputado) en las causas respectivas.

En este contexto, el profesor Vergara Blanco, hace una importantísima aclaración en relación a los tipos de casos en que puede presentarse la orden de un tribunal solicitando el alzamiento del secreto bancario, en particular respecto de las partes en un proceso:

Pleito entre un banco y un cliente. Este caso está contemplado evidentemente en la excepción y, cumpliéndose los requisitos del inciso 4 del artículo 154 de la Ley General de Bancos, siempre significará la revelación de antecedentes del cliente. Sobre todo en las operaciones de préstamos, cuyo cobro (es decir, los procesos civiles a través de los cuales se realiza) necesariamente es público. Esto es obvio y no sólo se encuentran de por medio los intereses del banco, sino del público.

Pleito entre un banco y un tercero. Aunque es difícil de configurar la hipótesis de que un banco, en un juicio con un tercero o con un cliente, tenga que

¹⁹ Posteriormente modificada con la reforma procesal penal, reemplazándose dichos términos por “imputado”.

revelar datos de otro cliente, no podría configurarse un levantamiento del secreto bancario, ya que los intereses particulares en juego no serían superiores a los del cliente, garantizados por la Constitución y por la ley que exige que él mismo sea parte, o imputado.

Pleito entre terceros. La solución es idéntica a la anterior ya que cabe aún menos margen de duda.

Pleito entre un cliente y un tercero. Aquí se distingue entre los casos en que los informes han sido solicitados a través del tribunal por quien es cliente en un juicio con un tercero y sobre aspectos que no dicen relación directa con el pleito ni sobre operaciones específicas, y los casos en que los informes son solicitados a través de un tribunal por quien no es cliente y litiga con éste. En el primer caso, y partiendo de la hipótesis de que el bien jurídico protegido es el derecho a la intimidad, el cliente tiene el derecho a revelar o no sus secretos. En el segundo caso, se entiende que a quien le corresponde la defensa del secreto bancario, por defender sus propios intereses, es al cliente, y en la misma sede judicial. Es decir, si el cliente no se ha opuesto a la solicitud de pedir informes hecha por la parte contraria, trátase o no de antecedentes sobre operaciones específicas y que tengan relación directa con el proceso, es el propio cliente quien ha levantado tácitamente el secreto bancario²⁰.

Sin perjuicio de que existen distintos contextos procedimentales (civil, protección, menores, trabajo, penal, etc.) revisaremos las regulaciones relativas a secreto o reserva desde la perspectiva de los tribunales de justicia, en términos generales y se considerarán algunos casos especiales regulados de manera expresa.

4. Publicidad de los antecedentes judiciales

El objetivo de este apartado es realizar un levantamiento del régimen de publicidad que afecta a las actuaciones judiciales y sus excepciones, para preparar el camino hacia un análisis más concienzudo del régimen de reserva que deben poseer las actuaciones judiciales cuando ellas recaen en un objeto protegido por una regla de secreto.

En Chile, la regla general establecida a nivel constitucional, es la publicidad de los actos de todos los órganos del Estado. Esta regla general, tiene bajada a nivel legal y administrativo, como también sucede con sus excepciones, según se verá más adelante.

20 VERGARA, ob. cit., p. 71.

El inciso segundo del artículo 8° de la Constitución, establece la publicidad de los actos y resoluciones de todos los órganos del Estado, incluidos sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, reconociendo ciertos límites, dentro de los que cabe destacar los “derechos de las personas”²¹.

El artículo octavo de la Ley N° 20.285 (Sobre Acceso a la Información Pública), obliga a los Tribunales (sean o no parte del Poder Judicial) a mantener a disposición permanente del público, en sus sitios electrónicos, y debidamente actualizados, los antecedentes indicados en el artículo 7° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado. Respecto de las resoluciones judiciales, el referido artículo señala que:

“En los asuntos cuya cuantía exceda de 500 unidades tributarias mensuales o respecto de los cuales se impongan multas superiores a dicho monto, o penas de presidio o reclusión superiores a tres años y un día, las sentencias de término de los tribunales ordinarios o especiales, y las definitivas en caso de que las primeras sólo modifiquen o reemplacen parte de éstas, deberán publicarse en la forma dispuesta en este artículo. Lo mismo se aplicará a los demás órganos jurisdiccionales a que se refiere el inciso anterior respecto de sus resoluciones de igual naturaleza, cualquiera sea su denominación.

*Las sentencias o resoluciones mencionadas en el inciso precedente se publicarán **dentro de cinco días de que éstas queden ejecutoriadas**” (lo destacado es nuestro).*

Con anterioridad, el artículo 9° del Código Orgánico de Tribunales consagró el principio de la publicidad judicial en los siguientes términos: “Los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley”.

En la misma línea, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de toda persona “**a ser oída públicamente** y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”, pero a la vez otorgando al tribunal la facultad de excluir a la prensa y el público, de la totalidad o parte

²¹ “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, **los derechos de las personas**, la seguridad de la Nación o el interés nacional” (lo destacado es nuestro).

del juicio, “por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores” (lo destacado es nuestro).

En el ámbito procesal penal, el artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra la publicidad del proceso, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Con el objeto de cumplir la obligación dispuesta por el artículo 8º de la Ley N° 20.285 (publicación de las sentencias y otras resoluciones de término dictadas por los tribunales del país), el Pleno de la Corte Suprema, con fecha 7 de abril de 2009, dictó el Acta N° 72-2009 (“Instructivo sobre publicación de sentencias”). Dicha acta da cuenta de lo siguiente:

- a) El desarrollo de un procedimiento que “permitirá ingresar el nombre de los litigantes que forman parte de la causa al texto del fallo, de manera de disminuir el tiempo de digitación de sus individualizaciones, así como proteger sus datos cuando la normativa vigente y el criterio del magistrado así lo determinen”.
- b) Para “compatibilizar el principio de publicidad de los actos y resoluciones judiciales con el derecho individual a la intimidad” (lo que es consistente con el principio de proporcionalidad y el derecho al olvido), el Acta establece limitar el período durante el cual se mantendrán publicadas las sentencias y otras resoluciones de término (en sede civil y penal).
- c) La imposibilidad de acceder a través de los motores de búsqueda a sentencias o resoluciones de término empleando criterios tales como el RUT o el nombre.

De esta forma, la posibilidad de conocer las actuaciones judiciales constituye la regla general en nuestro sistema procesal (civil y penal), siendo el secreto o reserva una norma de excepción que debe contemplarse expresamente por el legislador cuando lo estime necesario y que, en general, se entiende acotado al contenido de una decisión y no se extiende a la existencia de la causa misma.

Un ejemplo de la ausencia de regulación en un ámbito donde este tipo de información se ve constantemente expuesta, son los recursos de protección. La Corte Suprema al regular la tramitación de los recursos de protección

no ha establecido normas especiales en relación a la reserva o secreto de los antecedentes²².

Este auto acordado debe entenderse complementado con los autos acordados dictados en virtud de la promulgación y gradual entrada en vigencia de la Ley 20.886 sobre tramitación digital de los procedimientos judiciales. Es en este punto donde se abren una serie de cuestionamientos relevantes de abordar.

La Ley N° 20.886 establece la tramitación digital de los procedimientos judiciales, terminando con la materialidad de los procesos, modificando el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Civil. Es una nueva manera de tramitar las causas en todos los tribunales que forman parte del Poder Judicial, que requiere que el ingreso de las demandas y de todos los escritos se realice de forma electrónica, así como también las resoluciones y actuaciones del tribunal, las que además contarán con firma electrónica avanzada.

Sin perjuicio de estar inspirada en una serie de principios, dentro de los cuales destacan los de la buena fe y de la publicidad, los autos acordados de la Corte Suprema dictados hasta la fecha que buscan dar aplicación a esta norma²³, no han logrado abordar exhaustivamente la materia.

22 Parece pertinente el siguiente auto acordado (Acta N° 164-2013 de 19.10.2013) “Sobre tramitación de recursos de protección de garantías constitucionales en sistemas informáticos”. En su artículo 5 sobre “Soporte de tramitación” señala expresamente:

Artículo 5°: Soporte de tramitación. Las actuaciones realizadas ante las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema se registrarán en el Sistema Informático respectivo, incorporando en el mismo todos los antecedentes que den cuenta de las actuaciones, presentaciones y resoluciones adoptadas por el tribunal en el curso del procedimiento. En casos excepcionales y calificados por el Administrador o el Secretario de la Corte respectiva, tratándose de documentos extensos o complejos de digitalizar, podrán mantenerse en custodia en el soporte que han sido acompañados. Estos documentos, una vez ejecutoriada la sentencia definitiva, serán guardados por un tiempo prudencial para posteriormente ser devueltos a los interesados.

Se destaca que la única razón para no registrar antecedentes en el sistema informático respectivo, dice relación con la extensión y dificultad para digitalizarlos. Esto es importante porque ESTE es el fundamento de la facultad de custodia, y no otro.

23 Los siguientes principios se encuentran descritos en la página web que el Poder Judicial ha destinado a la explicación de esta materia (www.tramitacionelectronica.cl):

Principio de equivalencia funcional del soporte electrónico: Los actos jurisdiccionales y procesales firmados electrónicamente serán válidos y producirán los mismos efectos que si se hubieren llevado a cabo en soporte papel.

Principio de fidelidad: Las actuaciones del proceso se registrarán y conservarán íntegra y sucesivamente en la carpeta electrónica, garantizando su fidelidad, preservación y la reproducción de su contenido. La carpeta electrónica es equivalente al expediente papel.

Principio de publicidad: Los actos de los tribunales son públicos, garantizando los sistemas informáticos de registro de procedimientos judiciales, el pleno acceso de todas las personas a la carpeta electrónica en condiciones de igualdad.

Es así como se dictaron los autos acordados 37-2016, 71-2016 y 13-2017. En relación al tema en estudio, se destaca el siguiente artículo del auto acordado 71-2016:

Artículo 34.- Información sobre el estado de causas.

La base para entregar información del estado de una causa será el sistema informático, debiendo ser comunicada verbalmente, imprimiéndose solo en casos excepcionales y fundados.

Para el caso en que se decrete la reserva de ciertos antecedentes, el tribunal o la unidad que corresponda deberán tomar todas las providencias necesarias para garantizarla, tales como requerir la acreditación de identidad del interviniente en la causa (el destacado es nuestro).

La Corporación Administrativa del Poder Judicial deberá proveer a las diferentes unidades encargadas de la atención de usuarios todas las herramientas tecnológicas necesarias para desempeñar dicha labor.

Es bajo esta premisa que pasaremos a revisar las excepciones ya establecidas en relación a la publicidad de los antecedentes y las situaciones que no se encuentran explícitamente recogidas (tales como los antecedentes relativos al secreto bancario).

Se exceptúan las presentaciones relativas a medidas cautelares, incluso aquellas de carácter prejudicial, y aquellas materias en que se requiera de reserva, siendo éstas accesibles únicamente al solicitante, mientras no se haya notificado la resolución recaída en ellas.

Se prohíbe el tratamiento masivo de datos personales contenidos en el sistema de tramitación electrónica del Poder Judicial, sin autorización previa. Sanción conforme Ley N°19.628.

Principio de buena fe: Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso conforme al sistema informático de tramitación deberán actuar de buena fe.

El Juez de oficio o a petición de parte deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, contravención de actos propios o cualquier conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe.

Principio de actualización de los sistemas informáticos: Los sistemas informáticos deberán ser actualizados a través de la Corporación Administrativa del Poder Judicial con el objeto de permitir su correcto funcionamiento, la más fluida y expedita interconexión e interoperabilidad entre sí y con otras instituciones públicas.

Principio de cooperación: Los auxiliares de la administración de justicia, las instituciones públicas y el Poder Judicial deberán cooperar entre sí en la utilización de medios electrónicos con el objeto de garantizar la interconexión e interoperabilidad de los sistemas informáticos, y en particular, el reconocimiento mutuo de los documentos electrónicos, de los medios de identificación y autenticación respectivos.

4.1 Excepciones

Formalmente se encuentran consagradas las siguientes excepciones que se revisarán a continuación, pero se anticipará desde ya, que el mayor problema en esta materia surge en relación a la publicidad en registros o bases de datos en línea, para lo cual se concluirá que deben explorarse respuestas tanto desde la legislación nacional, como en derecho comparado.

Las normas específicas tendientes a consagrar la reserva o excepción al principio de la publicidad en las siguientes materias:

- a) los procedimientos para la determinación de la filiación (art. 197 inc. 1° CC);
- b) los procedimientos de separación, divorcio y nulidad del matrimonio (art. 86 de la Ley N° 19.497), y
- c) los procedimientos judiciales y administrativos de adopción (art. 28 de la Ley N° 19.620).

Otras medidas de reserva más acotadas son las siguientes:

- d) en los procedimientos sobre violencia intrafamiliar, el juez puede decretar, como medida cautelar, la “reserva de la identidad del tercero denunciante” (art. 92 N° 7, Ley N° 19.968);
- e) En general, en los procedimientos de familia, el tribunal puede disponer de forma excepcional y a petición de parte, cuando exista un peligro grave de afectación del derecho a la privacidad de las partes, especialmente de niños, niñas y adolescentes, una o más de las siguientes medidas:
 - Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectúa la audiencia.
 - Impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de diligencias específicas (art. 15 segunda parte, Ley N° 19.968).
- f) En materia penal, las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público y por la policía son secretas para los terceros ajenos al procedimiento. Asimismo, el fiscal, cumpliendo ciertos requisitos, puede disponer mantener en secreto determinadas actuaciones, registros o documentos respecto del imputado o de los demás intervinientes (por un plazo no superior a 40 días), cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación. En materia penal existen otras excepciones, tales como la establecida en el artículo 289 del Código Procesal Penal a propósito de ciertas audiencias, sin perjuicio de que no revisaremos todos los casos en esta oportunidad.

Sin embargo, tal y como se puede observar, estas normas especiales no alcanzan a cubrir el sinnúmero de situaciones problemáticas que pueden presentarse durante el curso de un procedimiento de cualquier naturaleza respecto de la difusión de información judicial en internet.

En el derecho comparado, las especiales características de esta difusión, han justificado la elaboración de reglas mínimas o una protección especial de los datos personales, más restrictiva que la existente para bases de datos en “papel físico”. Se sostiene que “el concepto de publicidad es hoy distinto debido a la significativamente mayor capacidad de difusión y acceso que suponen los medios electrónicos”²⁴, y el menor control sobre el uso que terceros pueden hacer de los mismos.

Considerando que las normas antes expuestas obedecen a diferentes ámbitos de la tramitación en general de distintas materias, estas son las normas de excepción a la publicidad, también en general (aplicables a áreas completas y no a un caso específico como lo es el secreto bancario). Sin embargo, podemos acercarnos de manera más precisa a los casos en que, durante la tramitación de una causa en distintas sedes, podría producirse el levantamiento del secreto bancario, según las premisas ya revisadas.

En materia civil, el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil establece que “podrá decretarse, a solicitud de parte, la exhibición de instrumentos que existan en poder de la otra parte o de un tercero con tal que tengan relación directa con la cuestión debatida y no revistan el carácter de secretos o confidenciales”. En este sentido, podemos entender que a pesar de tratarse de una ley procesal de aplicación general, encuentra consagrada la excepción que la misma norma anuncia, en la ley especial (Ley General de Bancos, en su artículo 154 específicamente).

En materia de cuentas corrientes bancarias, el artículo 1 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, en sus incisos 2 y 3, establece:

“El banco deberá mantener en estricta reserva, respecto de terceros, el movimiento de la cuenta corriente y sus saldos, y sólo podrá proporcionar estas informaciones al librador o a quien éste haya facultado expresamente.

No obstante, los Tribunales de Justicia podrán ordenar la exhibición de determinadas partidas de la cuenta corriente en causas civiles y criminales seguidas con el librador”.

24 GREGORIO, Carlos. *Los nombres de las partes en los documentos judiciales: vías de acceso a la información, publicidad y protección de la intimidad*. Buenos Aires, Instituto de Investigaciones para la Justicia, 2005, p. 2.

Este precepto constituiría la aplicación del principio constitucional y, hasta antes de la Ley 18.576, de 1986, era la única norma positiva expresa sobre secreto bancario que existía en nuestro ordenamiento jurídico. Es importante destacar que la ley sólo autoriza la exhibición y no remisión de los antecedentes, que la causa debe seguirse contra el librador (cuentacorrentista que haya librado algún cheque) y que se refiera a “determinadas partidas” de la cuenta.

No se hará alusión al levantamiento del secreto bancario regulado en el Código Procesal Penal, ni al procedimiento especial de la Unidad de Análisis Financiero establecido para casos de sospecha de lavado de activos en la Ley 19.913²⁵. La razón para esta omisión se encuentra en el hecho de que obedecen a excepciones especialmente reguladas, tanto en la Ley General de Bancos, como en las normas ya descritas, por lo que es evidente que en estos casos el legislador entendió sin lugar a dudas, que bajo la garantía de la autorización judicial, tanto el Ministerio Público como la Unidad de Análisis

25 Ley 19.913. Artículo 2°.- La Unidad de Análisis Financiero tendrá las siguientes atribuciones y funciones, las que podrá desarrollar y ejercer en cualquier lugar del territorio nacional:

a) Solicitar, verificar, examinar y archivar la información a que se refiere el artículo 3° de esta ley.

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.

Si los antecedentes a que se refiere este literal estuvieren amparados por el secreto o reserva, o deban requerirse a una persona no contemplada en el artículo 3° de esta ley, la solicitud deberá ser autorizada previamente por un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, quien resolverá, sin audiencia ni intervención de terceros dentro del plazo de tres días contado desde la presentación de la misma. Corresponderá al Presidente de esta Corte designar, una vez al año y por sorteo, a dos de sus miembros para cumplir esta labor. Si ninguno de los ministros estuviere en funciones, corresponderá otorgar la autorización al Presidente de la Corte o a quien lo subrogue. Tanto la solicitud de antecedentes amparados por el secreto o reserva que haga la Unidad, como la resolución del tribunal, deberán fundarse en hechos específicos que las justifiquen, de los que se dejará expresa constancia en ambos documentos. Si la petición es rechazada, la Unidad de Análisis Financiero podrá apelar. La apelación será conocida en cuenta y sin más trámite por la sala de cuentas de la mencionada Corte, tan pronto se reciban los antecedentes. El expediente se tramitará en forma secreta y será devuelto íntegramente a la Unidad, fallado que sea el recurso.

El otorgamiento de los antecedentes requeridos de conformidad a esta letra será gratuito y libre de toda clase de derechos e impuestos.

No quedarán sometidas a lo dispuesto en el presente literal, las personas que no están obligadas a declarar por razones de secreto, únicamente en aquello que se refiera a éste, en los términos que señala el artículo 303 del Código Procesal Penal.

Financiero, están facultados por razones de orden público (investigación de posibles delitos en un caso, y de sospecha de lavado de activos en el otro) para levantar el secreto bancario.

4.2 Derecho comparado

En Europa, la privacidad está en general muy protegida²⁶. El principio de finalidad de los datos se utiliza para limitar la difusión de los datos personales contenidos en las sentencias.

En Francia, por ejemplo, las sentencias están anonimizadas (borrados los datos que permiten la identificación de una persona) cuando el acceso es libre, pero son difundidas en su versión integral cuando el acceso es controlado, por ejemplo con una suscripción.

En España, existe un amplio reconocimiento a “*los derechos a la privacidad, la dignidad y el honor, que protegen al individuo de la posible divulgación de sus antecedentes penales, tanto por órganos gubernamentales como por particulares*”²⁷.

De este modo, siendo públicas las actuaciones judiciales por mandato constitucional²⁸, “los jueces han distinguido en forma muy tajante entre el derecho del público a estar presente en el juicio y su derecho a obtener acceso a la sentencia”²⁹.

La publicación de las sentencias está restringida a las emanadas del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Audiencia Provincial y Tribunales Superiores de Justicia “e incluso éstas, sólo después que los nombres y otros datos de identificación han sido “anonimizados” por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

26 ABAD, Verónica. “*La difusión de jurisprudencia en Internet y el principio de finalidad en Canadá*” [en línea]. Ponencia presentada en Sinaloa y Tabasco, 2004. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1646/9.pdf> [fecha de consulta: 7 de enero de 2018].

27 JACOBS, James y LARRAURI, Elena. “¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España” [en línea]. En: *Revista para el análisis del Derecho “InDret”*, Barcelona, Editores: Universitat Pompeu Fabra, octubre 2010, p. 7. Disponible en: <http://docplayer.es/74395-Indret-son-las-sentencias-publicas-son-los-antecedentes-penales-privados-una-comparacion-de-la-cultura-juridica-de-estados-unidos-y-espana.html> [fecha de consulta: 7 de enero de 2018].

28 El artículo 120 de la Constitución española, dispone: “1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. 2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal. 3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”.

29 JACOBS, y LARRAURI, ob. cit., p. 20.

En la tradición del common law, por el contrario, la regla general es la difusión íntegra de las sentencias y la protección de las identidades la excepción. “*La finalidad de esta difusión de las sentencias... es que los ciudadanos puedan saber cómo funciona la justicia, para que puedan criticarla y comentarla, participando en el debate cívico*”³⁰. Bajo esta noción, “*es fundamental que todos los apellidos de las partes sean conocidos. Así los ciudadanos tienen la prueba de que todas las personas, de todos los orígenes sociales, reciben el mismo tratamiento*”³¹.

En Estados Unidos, “la publicidad de los juicios y antecedentes penales refleja la creencia de que los ciudadanos tienen un interés legítimo en ser informados sobre el carácter de las personas que contratan, de los arrendatarios a los que alquilan sus casas, de las personas con quien realizan acuerdos comerciales, y de los individuos con quien mantienen relaciones sentimentales”.

Así, por ejemplo, los antecedentes penales pueden conseguirse por las siguientes vías:

- a) Los registros federales y estatales de antecedentes penales comunican los antecedentes penales a todas las administraciones (federales, locales y estatales) y a otras instituciones públicas autorizadas, organizaciones y empresas.
- b) Cualquier persona puede dirigirse al juzgado y revisar el expediente y cualquiera de los documentos del caso que puedan interesarle. Salvo una categoría de casos “sellados” (sealed), los expedientes de casos pasados y pendientes pueden buscarse mediante el nombre del acusado.
- c) Existe también un mercado de vendedores de información privada. Estas compañías realizan las pesquisas, por un precio, tanto a nivel local como estatal y federal. Pueden localizar la información examinando los documentos en cada tribunal, o a través de las bases de datos electrónicas de los tribunales (en algunos estados, la administración central de los tribunales vende la información a estas empresas)³².

Como se puede observar, aunque con distintos énfasis (Europa continental más celosa del derecho a la intimidad, y Estados Unidos más bien orientado a la publicidad y a la circulación irrestricta de la información), también en los ordenamientos enunciados se intenta buscar un equilibrio entre la publicidad y la intimidad o resguardo de la información.

30 ABAD, ob. cit., p. 132.

31 ABAD, ob. cit.

32 JACOBS y LARRAURI, ob. cit., págs. 4 y 5.

5. Jurisprudencia relevante

Sin perjuicio de los efectos relativos de las sentencias judiciales, resulta particularmente interesante a esta reflexión, la forma y alcance que los tribunales chilenos han dado a la institución del secreto bancario, por una parte, y al tema de la publicidad de los antecedentes judiciales por otra.

En relación a este último punto, en el recurso de protección Rol N° 19.154-2015, de 6 de abril de 2015, se puede evaluar la postura tanto de la Corte de Apelaciones de Santiago, como de la Corte Suprema, en relación a la legítima expectativa de privacidad de datos publicados en internet.

En este caso en particular las recurrentes, en el contexto del acceso irrestricto al sitio web <http://datos.24x7.cl/>, señalan que el acceso abierto y sin ningún control del dato personal, RUT, obtenido de fuentes indeterminadas les priva, perturba y amenaza el legítimo derecho a la intimidad, y en particular, a los datos personales que forman parte de ella, derecho que es reconocido en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República. Añaden que el RUT como número de identificación es un dato personal y que en los hechos se constituye como un elemento habilitante para acceder a otros datos personales los que podrían ser sensibles pudiendo atentar no sólo contra la privacidad sino contra la dignidad de las personas.

Considerando que el tratamiento de datos personales sin la autorización de su titular, no se encuentra permitido, la Corte Suprema considera que:

Sexto: Que, en consecuencia, la ley prescinde de la autorización si la recolección de los datos se ha realizado de fuentes accesibles al público, cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial.

Octavo: Que, en consecuencia, habiendo el recurrido dado tratamiento a los RUT de los recurrentes, datos contenidos en fuentes de acceso público y de carácter económico, financiero, bancario o comercial, en los términos del artículo 4° de la Ley N° 19.628, no cabe exigir para ello el consentimiento de sus titulares ni mucho menos calificar tal tratamiento como arbitrario o ilegal, por lo que la acción interpuesta no está en condiciones de prosperar.

En relación al secreto bancario, y al reconocimiento expreso de los tribunales superiores a la excepción contenida en el inciso cuarto del artículo 154 de la Ley General de Bancos, se mencionan los siguientes fallos.

En la causa N° 10992/2011 (Protección) en la resolución N° 317296 de Corte de Apelaciones de Santiago, de 29 de noviembre de 2011, en el que se

cuestionó la legitimidad de la resolución de un juez de familia que ordenaba el envío de un informe que contenía información protegida por el secreto bancario, la Corte resolvió lo siguiente:

*“4. Que, la resolución objeto del recurso, no puede ser considerada arbitraria ni ilegal. Lo primero, por dos razones fundamentales: a) porque no se advierte que la Juez recurrida la haya pronunciado por un mero capricho o con un afán de producir algún perjuicio a la recurrente. **El propósito que tuvo en vista al dictarla fue obviamente el de contar con los antecedentes necesarios para aplicar justicia y ello solo se puede conseguir en este caso contando con los antecedentes que se pidieron al Banco Santander** y, b) por cuanto, al tenor de todo lo expuesto en el considerando 2º, aparece que originalmente y por resolución de 19 de abril de 2011, una de las Juezas Titulares de este mismo Tercer Juzgado de Familia había accedido a lo que por el primer otrosí del escrito de 18 de abril de 2011 había solicitado el Sr. V.C. en orden a que se oficiara al Banco Estado para que informara sobre los movimientos que registraba la supuesta cuenta corriente bancaria que allí mantenía la recurrente, resultando que no era cierto que en ese Banco mantuviera esa cuenta. Entonces, por medio de la resolución que se impugna la juez recurrida no hizo otra cosa que no fuera cumplir adecuadamente lo que antes ya se había decretado en la litis, sin que tenga importancia para ello la equivocación en que se incurrió originalmente en la individualización del banco al cual debía requerirse la información”* (el destacado es nuestro).

6. Conclusiones

El objetivo de estas breves reflexiones consiste en evaluar la posibilidad de armonizar los distintos intereses en juego: el interés por mantener secretas ciertas operaciones bancarias de particulares, y el interés público asociado a la transparencia y publicidad de los actos de los tribunales, revisando las herramientas con que contamos actualmente en el ordenamiento jurídico chileno para estos efectos.

La revisión de los fundamentos, historia legislativa y consagración legal actual de la institución del secreto bancario, nos permite esbozar la fijación de los extremos del asunto.

Por una parte se encuentran los argumentos expuestos en relación a la relevancia de resguardar el derecho a la intimidad y de mantener en secreto ciertas categorías especiales de antecedentes (en este caso los antecedentes comprendidos dentro del secreto bancario). Por otra parte nos enfrentamos a la creciente relevancia de avanzar hacia sociedades y organismos públicos y privados transparentes, necesidad expresada especialmente para estos efectos en el marco normativo existente en relación a la publicidad de los antecedentes judiciales.

El aporte de los tribunales y su forma de entender el alcance del secreto en sus decisiones (que por muy efecto relativo que tengan) nos permiten delinear de mejor manera los límites y excepciones del secreto bancario.

Como síntesis, podemos señalar que tanto nuestra Constitución como nuestro Tribunal Constitucional reconocen no sólo la relevancia del derecho a la intimidad en términos generales, sino su importancia específica para efectos de fundar instituciones de excepción tales como el secreto bancario, generando formalmente uno de los puntos de referencia de esta discusión. Asimismo la Constitución, la ley y los tribunales de justicia, han recogido la relevancia de la publicidad de los actos judiciales, y por otra parte, la validez y legitimidad de las excepciones.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN
RESPONSABILIDAD PENAL
ADOLESCENTE Y DELITOS
VIOLENTOS

ASPECTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA DETERMINACIÓN DE SANCIONES DE LA LEY N° 20.084 SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADOLESCENTES

Eva Curia Castro¹

Introducción

Este artículo tiene por finalidad dar a conocer y analizar las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que han plasmado los principales problemas de interpretación y aplicación práctica surgidos como consecuencia de la determinación de sanciones regulada en la Ley N° 20.084.

Si bien la ley que regula la responsabilidad penal de los adolescentes en Chile definió un catálogo especial de sanciones y la forma de determinarlas, no han sido menores las dificultades que encuentran a diario los intervinientes del proceso penal a la hora de definir la sanción para el caso en concreto. Los problemas se producen, en parte, porque las sanciones se determinan mediante un proceso de integración de las normas de esta ley y supletoriamente del Código Penal, leyes penales especiales y del Código Procesal Penal en todo aquello que no esté regulado en la misma. Así, debido a que este conjunto de normas no resultan suficientes para resolver la selección de las diversas sanciones o medidas dispuestas en el artículo 6 de la ley, ni abarcan todas las hipótesis que la aplicación práctica de la misma da cuenta, es que se producen deficiencias principalmente en la respuesta del sistema al concurso de delitos, la reincidencia y acumulación de sanciones respecto de un solo adolescente, a lo que se suman la deficiencia en los límites a las sanciones privativas de libertad y la falta de herramientas para orientarse hacia la sanción idónea.

Así, para acercarnos a la manera en que la jurisprudencia ha abordado y resuelto estas materias se presenta una sistematización de sentencias que han desarrollado la problemática referida a la finalidad de la sanción en la Ley N° 20.084, la supletoriedad de la ley penal general, la determinación de sanciones, la idoneidad de la sanción, los límites a la imposición de las sanciones privativas de libertad y los efectos de las condenas previas.

1 Abogada de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

1. Finalidad de las sanciones

Atendiendo el compromiso internacional asumido con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño², y la necesidad de tratamiento especializado de los adolescentes en el sistema penal, se modificó nuestra legislación nacional, como también sucedió en otros países del continente, en un esfuerzo por superar las leyes de menores que la precedieron, las que sobre la concepción de los niños como incapaces, atribuían al Estado la decisión de lo que a su parecer era mejor para ellos, resolviendo en materia proteccional y defensa, sin normas para asegurar un debido proceso ni el establecimiento de las garantías que le asisten a todo sujeto de derecho. En este contexto de adecuación a la convención, se aprobó la Ley N° 20.084, bajo el modelo de responsabilidad o de reconocimiento de los derechos del niño, tratando al adolescente infractor de ley como un sujeto de derechos, creándose un sistema compuesto por las garantías del derecho penal de adultos e integradas por aquellas propias de los niños³.

Sobre la finalidad de la sanción es posible encontrar diversas posturas doctrinarias, que transitan desde el extremo de señalar que sólo es posible en esta materia considerar los fines de integración social, hasta aquellos que proponen la aplicación tanto de los fines de prevención general, como de los preventivos especiales positivos. En la primera tendencia, se pronunció Juan Bustos quien señaló que si bien el adolescente es un sujeto de derecho con autonomía progresiva, por las diferencias propias entre éstos y los adultos, la restricción de derechos de los adolescentes como consecuencia de hacerse efectiva la responsabilidad penal de los mismos, debe ser limitada y excepcional. En consecuencia, consideró que la finalidad de la pena respecto de los adolescentes debe ser siempre la integración social, indicando además, que pese a que la ley no lo dice expresamente, la diferencia de la ley sobre responsabilidad penal adolescente y la ley penal de adultos radica en que la primera no busca la retribución, sino la integración social⁴.

Por otro lado, para Jaime Couso tanto los fines preventivos generales como los de prevención especial positiva del Derecho Penal general, tienen aplicación en materia de Derecho Penal de adolescente, evidenciando la tensión que se produce al tratarse las sanciones privativas de libertad⁵. Este autor señala que

2 Convención Sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Ministerio de relaciones Exteriores, República de Chile, 27 de septiembre de 1990.

3 BUSTOS, Juan. *Derecho Penal del Niño-Adolescente* (Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente). 1ª ed., Chile, Ediciones Jurídica de Santiago, 2007, págs. 9-14.

4 BUSTOS, ob. cit., págs. 22-26.

5 COUSO, Jaime. *Sustitución y Remisión de Sanciones Penales de Adolescentes. Criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial de las sanciones* [en

en la práctica la utilización de los fines de la pena para la determinación de la sanción, se traduce fundamentalmente en el uso de los criterios preventivos especiales positivos y la aplicación de la exigencia de la pena, proporcional a la gravedad del injusto penal culpable, esto es, los fines preventivos generales, donde la diferencia entre el Derecho Penal de adultos y el Derecho penal de adolescentes no está en el catálogo de fines que concurren, sino en el énfasis que el segundo hace en cuanto a la prevalencia del fin de prevención especial positivo⁶.

A su vez, Carlos Tiffer señala que resulta compleja la respuesta a la pregunta de cuál debe ser la orientación de la ley y de las políticas públicas respecto de los adolescentes que han delinquido. Agrega que posiblemente no exista una sola respuesta, pero que siempre resulta necesario el fomento de “una política social de apoyo a la familia, de motivación escolar y desarrollo de aptitudes físicas y mentales de nuestros jóvenes”, todo lo cual excedería la finalidad de la ley penal⁷. Complementa lo dicho señalando que la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, se orienta a los fines de prevención especial, cuando hace referencia expresamente a los fines educativos y de inserción social, lo que ocurre en diversos pasajes, tales como: al tratar los principios rectores, la finalidad del proceso y de la sanción, y los objetivos de la ejecución⁸.

En similar sentido, en España, Josep Tamarit plantea que en las discusiones sobre los fines de la pena, respecto de los adolescentes si bien no es posible prescindir de la prevención general, es dable tener presente el carácter prioritario de la prevención especial respecto de los mismos⁹. Por otra parte, García de Pablos señala que para conseguir la integración social de los adolescentes infractores, es fundamental mirar el fenómeno de la delincuencia juvenil como un problema de la comunidad y de la sociedad, dejando de lado la idea de la intervención por la vía de la amenaza de la sanción e incremento en la intensidad de las mismas¹⁰.

línea]. Documento de Trabajo Defensoría Penal Pública, junio 2010, N° 18/2010, págs. 4, 6-8. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4275.pdf> [fecha de consulta: 8 de enero de 2018].

6 COUSO, ob. cit., págs. 6-8.

7 TIFFER, Carlos. Desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad para jóvenes delincuentes. En: *La Sanción Penal Juvenil y sus Alternativas en Costa Rica*. San José, Costa Rica, UNICEF-INALUD-CE, 1999, p. 170.

8 TIFFER, ob. cit., págs. 171-172.

9 TAMARIT, Josep. Principios político-criminales y, ámbito de aplicación de la ley. En: *Justicia Penal de Menores y Jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, págs. 26-27.

10 GARCÍA-PABLOS, Antonio. *Tratado de Criminología*. 4ª ed., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2008, págs. 1017-1018.

Ahora bien, la preponderancia de los criterios preventivos especiales conlleva el peligro de aplicar sanciones en consideración a un derecho penal de autor pudiendo no llegar a tener en cuenta el delito cometido. Advierten la dificultad Mónica Cerda y Rodrigo Cerda, señalando que en este énfasis existe el riesgo que pesen consideraciones de índole sociales y económicas del adolescente dependiendo de “quien es y de lo que tiene o no tiene, y no en cambio, de lo que hizo”, no pudiendo ocurrir que estas “operen en su contra con el correspondiente aumento punitivo”¹¹.

Así, teniendo en cuenta la redacción del artículo 20 de la Ley N° 20.084 que señala como finalidad “hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”, queda claro que son dos los fines previstos en el sistema punitivo juvenil en nuestro país, lo que exige a los que trabajan en él la búsqueda del justo equilibrio de los mismos, sin que la sanción sobrepase la medida de la culpabilidad. Sobre el punto, se pronunció el **Tribunal Constitucional** en sentencia **Rol 786-2007, de 13 de Junio de 2007**, señalando que “si se considera que entre aquellas ideas que sirven de sustento al proyecto examinado se encuentra la de contribuir a reafirmar los objetivos perseguidos por la Ley N° 20.084 en el sentido de favorecer la “responsabilización y la reinserción social del adolescente” (considerando vigesimosegundo), “debe considerarse que el sistema de responsabilidad penal adolescente, consagrado en la Ley N° 20.084 y complementado por el proyecto de ley que se impugna en estos autos, permite apreciar que los objetivos perseguidos por el legislador no se agotan con la determinación de la pena asignada al delito sino que el juez que la impone tiene un rol activo e integral en asegurar el necesario equilibrio que debe existir entre el intento de rehabilitar al condenado y la necesidad de proteger a la sociedad frente a las conductas delictivas de los adolescentes” (vigesimotercero).

Igualmente, destaca el fallo de la Corte Suprema **Rol N° 4161-2009, de 16 de diciembre de 2009**, que al ponderar las circunstancias del caso y del adolescente aludió a la finalidad de la pena en los siguientes términos: “se impondrá un monto mínimo que equilibre adecuadamente tanto las necesidades de punición o prevención general positiva con las exigencias de rehabilitación o de prevención especial positiva que dispone el citado artículo 20 de la ley, con especial atención del inciso 1° del artículo 19 de la Ley N° 20.084, como se decidirá en definitiva” (considerando quinto).

11 CERDA, Mónica. CERDA, Rodrigo. Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, 2ª edición, Santiago, Chile, Editorial Librotecnia, p. 130.

2. Supletoriedad de la ley penal

El inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 20.084 establece que en lo no previsto en sus normas regirá supletoriamente lo dispuesto en el Código Penal y en las leyes penales especiales, disposición de la cual resulta la aplicación de las normas generales sobre la teoría del delito, en particular, la relativa a la acción y omisión; al dolo y la culpa; el grado de desarrollo y la participación; circunstancias agravantes y atenuantes; y las reglas sobre cómputo de los plazos de prescripción¹².

En el sentido antes apuntado se han pronunciado los Tribunales superiores de Justicia, en materia de cuasidelitos: Así, la **sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 1356-2013, de 24 de octubre de 2013**, que interpreta la palabra “delito” del artículo 1° de la Ley N° 20.084, de manera amplia, por ende, entiende que lo son tanto los delitos dolosos como los culposos, teniendo para ello en cuenta lo dispuesto en el artículo 1° y 2° del Código Penal, y la definición de delito dada por la RAE. En similar planteamiento encontramos sentencias en materia de prescripción y de reincidencia. De esta forma en materia de prescripción hallamos la **sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 35.575-16, de 10 de agosto de 2016**; mientras que en materia de reincidencia encontramos las **sentencias de la Corte Suprema, Rol N° 7670-2012, de 13 de diciembre de 2012; Rol N° 7364-2012, de 4 de diciembre de 2012; Rol N° 3515-13, de 15 de julio de 2013 y Rol N° 4419-2013, de 17 de septiembre de 2013**. Este último fallo incorpora a la supletoriedad el principio de especialidad entendido como un reforzamiento del sistema¹³.

3. Determinación de la extensión y naturaleza de la sanción

El proceso de determinación de las sanciones tiene dos etapas claramente definidas en la ley, la primera referida a la extensión de la sanción y, la segunda, que alude a su naturaleza. La extensión de la sanción penal está regulada en los artículos 21 y 22 de la Ley N° 20.084, en concordancia con los límites

12 BUSTOS, ob. cit., págs. 33 y 34.

13 En esta última línea HERNÁNDEZ, Héctor. “El Nuevo Derecho Penal de Adolescentes y la Necesaria Revisión de su ‘Teoría del delito’”. En: *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Volumen XX, N° 2, Valdivia, Chile, págs. 199 y sgtes. Quien propone que “no habiendo declaración expresa de parte del legislador en orden a consagrar un régimen difícilmente conciliable con el ordenamiento constitucional internacional, se impone por fuerza la conclusión de que el legislador ha preferido dejar en manos del intérprete el desarrollo de las matizaciones requeridas por las reglas generales para llegar a un sistema efectivamente diferenciado de responsabilidad penal para adolescente”.

señalados en los artículos 13, 14 y 18 de la misma, en tanto, la naturaleza de la sanción es tratada en los artículos 23 y 24 del referido cuerpo normativo.

En general, para calcular la extensión de la sanción conforme a las disposiciones de la Ley N° 20.084, se debe partir de la pena asignada por la ley al delito y rebajarla en un grado al mínimo del señalado en la ley, para posteriormente aplicar las normas del Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, esto es, aquellas contenidas en los artículos 50 al 78, con exclusión del artículo 69 del referido cuerpo legal. Con todo, tratándose de una sanción privativa de libertad, la sanción resultante del cálculo anterior no podrá en ningún caso exceder de 5 y 10 años, según si el adolescente es menor de 16 años o mayor a esta edad respectivamente.

En cuanto a la forma de determinar las sanciones, la **Corte Suprema en sentencia Rol N° 3498-2007, de 21 de agosto de 2007**, se pronunció sobre la manera en que deben aplicarse las normas de determinación de la sanción, distinguiendo claramente dos etapas y el orden en que debe efectuarse, al señalar que: “la nueva normativa establece una serie de pasos para precisar dos aspectos de la sanción, su “duración” y luego su “naturaleza”...Una vez efectuado el paso anterior, que permitirá conocer en concreto la “extensión” o “duración” de la pena, conforme se reseñó; corresponderá el turno a la aplicación de las reglas de determinación de la pena contempladas en el artículo 23 y las de determinación de los criterios o factores que establece el artículo 24 de la ley, para los efectos ahora, de desentrañar la “naturaleza” de ellas” (considerando decimotercero). En el mismo sentido se pronunció la **Corte Suprema en causa Rol N° 6907-2010, de 29 de noviembre de 2010** (considerando decimonoveno).

En relación con la extensión y los límites del artículo 22 de la Ley N° 20.084, cabe tener presente que la referida norma dispone que se deberá ajustar la sanción resultante de aplicar el cálculo conforme al artículo anterior a las extensiones máximas dispuestas en el artículo 18, en el evento que excedan dichos límites, como ya se dijo, 5 y 10 años según la edad del adolescente. La discusión que se deriva de esta regla se plantea respecto a si dichos límites han de considerarse por persona o por delito, por lo tanto, está directamente ligada al concurso de delitos, cuestión que la Corte Suprema resolvió en el primer sentido en los siguientes fallos:

Sentencia Rol N° 4161-2009, de 16 de diciembre de 2009, en la que se pronuncia sobre el concurso de delitos y los límites del artículo 22, en el caso de dos adolescentes que habían cometido un delito de robo con violencia y un delito de robo con intimidación, a quienes les perjudicaba la agravante del artículo 453 bis N°3 y les beneficiaba la atenuante contenida en el artículo 11 N°6. La Corte Suprema efectuó una comparación de las sanciones bajo el régimen del artículo 74 del Código Penal y la aplicación del artículo 351

del Código Procesal Penal¹⁴, definiendo este último como el régimen más favorable para los imputados teniendo en cuenta el límite máximo de delitos por persona, al señalar que: “resulta más beneficioso para los imputados, considerar para estos efectos, la aplicación de una pena única por la reiteración de delitos de la misma especie, en virtud del sistema de acumulación jurídica dispuesto en el artículo 509 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal (similar al artículo 351 del Código Procesal Penal), ya que si bien de acuerdo a ello se alcanza una pena única de presidio mayor en su grado medio, ésta necesariamente debe ajustarse al límite máximo contenido en el artículo 18 de la Ley N° 20.084, tal como dispone el artículo 22 de la misma ley” (considerando cuarto de la sentencia de reemplazo).

En el mismo sentido la **Corte Suprema, en sentencia Rol N° 565-12, de 13 de enero de 2012**, resolvió la adecuación de las sanciones impuestas previamente a la Ley N° 20.084, en particular, trató la reiteración de delitos y los límites del artículo 22, estableciendo que el imputado adolescente cometió diversos delitos que fueron juzgados en dos sentencias, sumando en total 18 años de sanciones privativas de libertad, pero que por las fechas debían considerarse como una unidad, señalando, en consecuencia, que ha de ajustarse al límite legal, que en este caso fue de 10 años (considerando quinto). En este fallo se observa que además del ajuste a la extensión de los máximos legales se usó la regla del artículo 64 del Código Orgánico de Tribunales para adecuar las sanciones contenidas en diversos fallos que podrían haberse juzgado conjuntamente¹⁵.

Por otra parte, sobre la extensión de la sanción que resulta de aplicar las reglas de determinación de las mismas, un fallo reciente de la **Corte de Apelaciones de Valparaíso** se pronuncia sobre el problema que se produce cuando una vez determinada la extensión se efectúan rebajas adicionales de grado, llegando incluso a rebasar las sanciones definidas por el artículo 23. Se trata de la **sentencia Rol N° 790-2017, de 9 de junio de 2017**, que resolvió el recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público en contra de la sentencia que fijó penas de internación en régimen cerrado de 2 años a dos imputados

14 Cabe precisar que en el caso resuelto se refiere a una adecuación de sentencia a la ley más favorable, por cuanto se trata de hechos cometidos y juzgados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.084, por ello la cita del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal.

15 El adolescente fue condenado a las penas de 10 años de presidio mayor en su grado mínimo como autor del delito de robo con homicidio, y a 3 años y un día de presidio menor en grado máximo como autor del delito de robo con violencia, ambos ilícitos cometidos el 2 de mayo de 1999, tal y como consta de sentencia firme de 18 de mayo de 2000 (causa Rol N° 75.558). Además, a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo como autor del delito de incendio, cometido el 22 de noviembre del año 1999, como consta en la sentencia de 10 de agosto de 2002 (causa Rol N° 78.051).

por los delitos de robo con intimidación y robo con violencia. Al respecto, el tribunal en principio correctamente anunció que podía imponer la pena en su mínimo, pero cometió el error de bajar en un grado la pena más allá de lo que correspondía, pues por aplicación del artículo 21 efectivamente debía bajar un grado pero, con una sola atenuante, no podía bajar otro y por ello no existía manera de imponer una extensión menor a 3 años y un día. Al momento de resolver la naturaleza de la sanción decidió imponer la de internación en régimen cerrado por 2 años, de manera que vulneró las normas del artículo 23. La Corte resolvió que “en el caso de los adolescentes a quienes se les impuso por el fallo recurrido sanciones de dos años, si hubiera sido correcta la determinación del quantum, no procedía aplicar la regla segunda del artículo 23 de la Ley 20.084, sino la tercera y, en consecuencia, en dicho tramo, la internación en régimen cerrado resultaba proscrita” (considerando decimotercero). Jurisprudencia contraria plantea el fallo de la **Corte Suprema Rol N° 316-2008, de 14 de julio de 2008**, que resuelve que las sanciones dispuestas en la ley no tienen límite inferior sólo un máximo, en particular, la libertad asistida especial tiene un máximo de 3 años definido en el artículo 14, razón por la cual no incurre en falta el juez que rebajó la misma a un año seis meses (considerando décimo).

Además, sobre el concurso de delitos en el mismo fallo Rol 790-2017, la Corte se pronunció estimando que el tribunal incurrió en error, considerando lo dispuesto en los artículos 21 y 23 de la Ley N° 20.084, atendido que las sanciones impuestas no se corresponden con los razonamientos vertidos en el fallo, puesto que cada una de las penas debió fijarse en el tramo de tres años y un día a cinco, de conformidad con el artículo 74 del Código Penal, sin perjuicio de considerarse en su caso, que la aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal resultaba más favorable.

En el mismo sentido resolvió la **Corte de Apelaciones de Antofagasta en sentencia Rol N° 143-2013, de 2 de junio de 2013**, al señalar que “según se desprende de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Responsabilidad Juvenil, la determinación de la pena que debe imponerse a los adolescentes muta en cuanto a su naturaleza, pero no en relación al quantum, salvo en relación a su máximo pues si se trata de un mayor de 16 años no puede exceder de 10 años, en tanto que si es menor de dicha edad no podrá exceder de 5 años, o en el caso de la libertad asistida especial en que el máximo de la sanción de conformidad con el artículo 14 de dicha ley, no puede exceder de tres años” (considerando quinto).

En cuanto a los criterios descritos en el artículo 24 de la ley para definir la naturaleza de la sanción, las discusiones ante los tribunales superiores de justicia se han centrado principalmente en la manera en que ellos han sido utilizados. Así, la Excma. Corte Suprema en **sentencia Rol N° 3515-2013, de 15 de julio de 2013**, desestimó la alegación de la defensa consistente en

que en la imposición de la pena se habría transgredido la norma del artículo 24 de la Ley N° 20.084 al justificar en ella la aplicación de la sanción más intensa. El fallo de alzada funda su rechazo en la circunstancia que la sanción impuesta es producto de la ponderación de los criterios que establece esa norma, concluyendo que la alegación de infracción al artículo 24 debe dar cuenta de una falta de razonamiento, en especial señala que: “[c]uestión distinta es que el representante del condenado no comparta la estimación que el tribunal ha dado a esos criterios, pero no ha probado, como era de su cargo, que el fallo sancione al menor a una pena privativa de libertad sin entregar sus fundamentos” (considerando sexto).

Sobre el estándar de cumplimiento del artículo 24 de la Ley N° 20.084, para la jurisprudencia la sola cita de los literales no ha sido suficiente. En este sentido resolvió la **Corte de Apelaciones de Temuco**, en fallo recaído en la causa **Rol N° 427-2011, de 18 de mayo de 2011**, que acogió el recurso de nulidad que reclamaba la falta de aplicación de los criterios del artículo 24 al hacer una mera referencia en el sentido indicado, resolvió en su considerando quinto que el tribunal no se hace cargo del artículo 24 de la Ley N° 20.084.

Por otra parte, diversas sentencias de corte desestiman la alegación de la infracción al artículo 24 por cuanto consta la expresión de los fundamentos de sus criterios en las sentencias impugnadas. Así, la sentencia de la **Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4143-2016, de 20 de enero de 2017**, rechazó el recurso de nulidad presentado por la defensa de una imputada adolescente que fue condenada a la sanción de 6 años de internación en régimen cerrado por cuatro delitos consumados de robo con intimidación. La defensa impugnaba la falta de atención de los criterios contenidos en el artículo 24, principalmente la letra f) del referido artículo. La Corte no acogió el recurso de nulidad considerando que el tribunal luego de explicar, paso a paso, la extensión, “desarrolla los criterios del artículo 24 de la Ley N° 20.084 para definir la naturaleza de la sanción, no advirtiéndose omisión de literal alguno del citado artículo ni error en el razonamiento efectuado por los sentenciadores. Ahora bien, en la especie, el tribunal a quo seleccionó la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, justificando los motivos que lo llevaron a dicha elección, como se lee en el fundamento décimo quinto, considerando los antecedentes allegados al proceso, dentro de los que se encuentra el informe social invocado por el recurrente” (considerando sexto).

Sobre los fundamentos del artículo 24 contenidos en la sentencia recurrida se destaca lo siguiente: “que la adolescente ha sido condenada por cuatro delitos de gravedad, que en el caso de los adultos tiene asignada una pena de crimen; que ha participado en los mismos de manera directa, ejecutando personalmente labores de vigilancia de víctimas, así como de acopio y sustracción de especies; que no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad penal; que

tenía 17 años a la época de ocurrencia de los hechos, vale decir, se encontraba ad portas de ser penalmente responsable como un adulto; que en cada uno de los hechos por los cuales ha sido condenada la extensión del mal causado impide aplicar la pena en el mínimo legal, atendida la importante afectación emocional de las víctimas y la cantidad de especies sustraídas que no fueron recuperadas, y finalmente, por estimarse como idónea para fortalecer el respeto de la adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social, considerando que se han impuesto sanciones en el medio libre a su respecto y que no cumplieron los fines antes indicados, es que se ha determinado imponer una sanción única de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, en el quantum que se indicará en lo resolutivo de esta sentencia” (considerando décimo quinto de la **sentencia del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, causa RUC 1500856587-k**).

En el mismo sentido se pronuncian los fallos de la **Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 339-2017, de 7 de diciembre de 2017**; Rol N° 3686-2014, de 30 de enero de 2015 y Rol N° 1015-2013, de 1 de julio de 2013; **Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 1384-2016, de 5 de agosto de 2016**; **Rol 685-2014, de 9 de mayo de 2014**; y **Corte de Apelaciones de Temuco Rol N° 229-2014, de 15 de abril de 2014**.

4. Idoneidad de la sanción

La determinación de la idoneidad de la sanción penal es uno de los puntos de mayor complejidad en materia de responsabilidad penal juvenil, por cuanto desde la dictación de la ley el sistema ha debido lidiar con un concepto jurídico indeterminado y con la carencia de herramientas para acercarse a una correcta aplicación.

Si bien la letra f) del artículo 24 de la Ley N° 20.084 dispone como criterio para determinar la idoneidad de la sanción el fortalecimiento del “respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social”, el concepto de “idoneidad” no queda del todo claro y delimitado, sin que exista en la misma norma o en su reglamento algún parámetro que lo complemente. Por su parte, los intervinientes en la actualidad trabajan prácticamente a ciegas con los adolescentes, pues en general la única información con que se cuenta sobre éste en las audiencias es la referida al delito contenida en la investigación y sus pasadas previas por el sistema.

La doctrina ha efectuado un importante aporte que permite iluminar el concepto de idoneidad. Así, Carlos Tiffer desde una perspectiva educativa desarrolla el concepto de idoneidad como la referencia a la obligatoriedad de todos los poderes públicos de cumplir en su funcionamiento con los fines

que persigue, así señala que: “La idoneidad de un acto será considerada en la medida que se adecue a los fines propuestos, es decir, el fin vendría a justificar la medida. De ahí que también el principio de proporcionalidad en el sentido amplio se apoye en el esquema medio-fin, desde el cual pueden ser analizadas las medidas en relación con su finalidad”¹⁶.

Este autor agrega que la idoneidad en materia penal y de cara a los derechos fundamentales no es posible desvincularla de la proporcionalidad. Desde una perspectiva de la proporcionalidad en sentido amplio, la que se encuentra relacionada con la prohibición de exceso, la idoneidad es uno de sus elementos. En este sentido resolvió la **Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en la causa Rol N° 332-2017, de 31 de julio de 2017**, al señalar que “Este criterio de idoneidad de la sanción, obedece más bien a una noción de proporcionalidad amplia entre delito y pena, que incluye consideraciones de necesidad e idoneidad de la intervención”.

5. Límite a la imposición de las sanciones privativas de libertad

En una clara alusión a la normativa internacional que rige en la materia¹⁷, en particular a las Reglas de Las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de Libertad, que dispone que la privación de libertad de un menor deberá decidirse excepcionalmente y como último recurso, y por el período mínimo necesario, el artículo 26 dispone en su inciso segundo que: “En ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza”.

La dificultad que plantea la norma en su aplicación está dada por la falta de claridad sobre si se refiere a la comparación con un adulto copartícipe o uno hipotético, en especial debido a las diferencias que puedan producirse por la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y la aplicación de las penas sustitutivas respecto de los adultos.

Al respecto, es posible clasificar la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia según si se interpreta la norma como: a) regla de comparación con un adulto hipotético en las mismas circunstancias. En este sentido se encuentran la sentencia de la **Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N° 383-2009, de 21 de diciembre de 2009, la de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 698-2013, de 17 de septiembre de 2013 y la de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2487-2014, de 7 de octubre de 2014;**

¹⁶ TIFFER, ob. cit., p. 39.

¹⁷ Letra b) del artículo 37 y 3.b) del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

b) regla de comparación con un adulto hipotético en las mismas circunstancias, pero debiendo incorporar como parámetro el cumplimiento de los requisitos de la Ley N°18.216, en el sentido que si el adolescente cumple con las exigencias para gozar de una sanción sustitutiva de ser adulto no podría imponérsele una sanción privativa de libertad. Esta posición encontramos en las causas **Rol N° 1584-2013 de 16 de diciembre de 2013 y Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2178-2011, de 11 de diciembre de 2011;** y c) regla que entiende que la comparación debe realizarse con un coimputado adulto condenado por los mismos hechos. En esta línea se pronunciaron la **Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 1424-2009, de 23 de noviembre de 2009; la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 415-2011, de 16 de mayo de 2011; la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 3712-2014, de 30 de enero de 2014; y la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 172-2014, de 14 de abril de 2014.**

Por otra parte, el inciso segundo del artículo 26 también ha sido utilizado como criterio para definir la proporcionalidad de las medidas cautelares, en relación con los artículos 32 y 33 de la Ley 20.084, en este sentido resolvió la **Corte de Apelaciones de San Miguel en causa Rol N° 605-2014, de 24 de abril de 2014.**

6. Reincidencia

En materia de reincidencia la jurisprudencia de la Corte Suprema ha evolucionado desde una postura de aplicación de la misma como agravante hasta el punto de desestimarla como circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, sin perjuicio de otorgarle igualmente efectos en la determinación de la extensión y naturaleza de la sanción, como también en la concesión de medidas sustitutivas de la Ley N° 18.216.

En efecto, hasta el mes de septiembre de 2013, las resoluciones de la Corte Suprema estimaron procedente las agravantes de reincidencia en consideración a las condenas previas impuestas en virtud de la Ley N° 20.084, acogiendo la postura de la Fiscalía principalmente sobre la base de tres razonamientos: a) que en materia sustantiva rige respecto de los adolescentes el Código Penal, atendida su expresa supletoriedad; b) que la modificación introducida por el artículo 59 de la Ley N° 20.084 al Decreto Ley N° 645, sobre Registro Nacional de Condenas, da cuenta que las condenas previas durante la adolescencia sirven de sustento de una circunstancia modificatoria de responsabilidad penal; y c) fundamentos referidos al análisis del valor de las reglas de Beijing. Los fallos de la Corte Suprema que contienen la aplicación de este criterio son tres, las sentencias **Rol N° 3515-2013, de 15 de julio de 2013; Rol N° 7670-2012, de 13 de diciembre de 2012; y Rol N° 7364-2012, de 4 de diciembre de 2012.**

Con fecha **17 de septiembre de 2013**, la **Corte Suprema en sentencia Rol 4419-2013** cambió el criterio, en el sentido de establecer que no es procedente aplicar a los adolescentes las agravantes de reincidencia del Código Penal, desarrollando en lo fundamental de sus argumentos un concepto de supletoriedad reforzada sobre la base del principio de especialidad, al considerar que la supletoriedad del Código Penal y demás leyes penales especiales debe operar sólo cuando refuerce el sistema penal adolescente, desestimando aquellas normas exógenas que contraríen su texto (considerando séptimo). Si bien en este fallo la Corte Suprema desestima la aplicación de la reincidencia como circunstancia agravante, concluye que lo anterior no da lugar a que la comisión previa de un delito por un adolescente carezca de toda incidencia en la determinación de una eventual sanción posterior (como adolescente o como adulto), debido a que pese a no configurarse la agravante de reincidencia, el autor carga con una condena pretérita, aceptando que se producen los siguientes efectos: a) respecto de adolescentes, debe ser incluida dentro de los factores de determinación de la naturaleza de la sanción, específicamente en la letra f) del artículo 24 de la Ley N° 20.084, así como también para fijar la cuantía concreta dentro del marco determinado; y b) respecto de adultos, las sanciones penales por delitos cometidos como adolescente deben ser consideradas para efectos de determinar la concesión o denegación de alguna de las medidas sustitutivas previstas en la Ley N° 18.216, modificada por la Ley N° 20.603 (considerandos decimotercero).

La resolución anterior de la Corte Suprema si bien produjo una tendencia jurisprudencial, no ha logrado consolidar el cambio definitivo de criterio, toda vez que con posterioridad al mismo igualmente ciertas Cortes de Apelaciones y tribunales de garantía del país han continuado considerado las sanciones previas como agravante, mientras otras en cambio, reconocen la existencia de una sanción previa para los efectos de la improcedencia de la irreprochable conducta anterior o de una sanción sustitutiva.

a) Agravante

Las Sentencias de Corte que han considerado las sanciones previas como agravantes con posterioridad al fallo de la Corte Suprema, lo han hecho fundadas en un razonamiento referido a la supletoriedad sustantiva amplia, esto es, considerando que las disposiciones relativas a la aplicación de las sanciones previstas en la Ley N° 20.084, muestran que la regulación de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, entre ellas la de reincidencia específica, forma parte del sistema de determinación de las medidas punitivas aplicables a los adolescentes. En este sentido encontramos la **sentencia de Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 372-2014, de 9 de abril de 2014, considerando sexto; la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 102-2014, de 14 de abril de 2014, considerando quinto;**

y la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 103-2016, de 24 de junio de 2016 (considerando segundo).

Por otra parte, otro grupo de sentencias se funda en lo dispuesto en el párrafo final del artículo 2° del DL N° 645, de 1925, que creó el registro nacional de condenas, el que señala: “Los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad sólo podrán ser consignados en los certificados que se emitan para ingresar a las Fuerza Armadas, Carabineros de Chile, Gendarmería de Chile y a la Policía de Investigaciones de Chile o para los fines establecidos en el inciso primero del presente artículo”. Por consiguiente, entienden que las anotaciones por condena de adolescentes deben incluirse en los certificados para acreditar la reincidencia de los imputados, entre otras podemos mencionar la sentencia de la **Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 102-2014, de 14 de abril de 2014, considerando quinto; y la de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3447-2015, de 11 de diciembre de 2015, considerando sexto.**

b) Impacto en la atenuante del artículo 11 N°6

Por otra parte, ya sea reproduciendo los argumentos del último fallo de la Corte Suprema o resolviendo en similar sentido, es posible constatar una tendencia desarrollada a través de diversas sentencias de Corte en las que se ha considerado improcedente la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal por la existencia de condenas previas como adolescente. Es el caso de las **sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 59-2014, de 28 de febrero de 2014; Rol N° 755-2015, de 28 de abril de 2015; Rol N° 1433-2016, de 10 de junio de 2016; Rol N° 3057-2016, de 12 de octubre de 2016;** de la sentencia de la **Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 902-2015, de 2 de octubre de 2015;** de la **Corte de Apelaciones de la Serena, Rol N° 191-2015, de 25 de mayo de 2015,** y de la **Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 252-2017, de 10 de marzo de 2017.**

Algunas cortes han profundizado en el significado de la atenuante como una forma de fundamentar la incompatibilidad de la atenuante de irreprochable conducta con las sanciones previas como adolescente. Así, la **Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 169-2015, de 27 de julio de 2015,** en el considerando décimo séptimo señaló que: “En el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, irreprochable significa que no merece reproche, que no tiene defecto o tacha que merezca reproche y, reproche es la atribución a alguien de las consecuencias de una acción dañosa o ilegal. Por su parte, se sostiene uniformemente por los tratadistas que la buena conducta no es suficiente para atenuar la responsabilidad, de acuerdo con el precepto del artículo 11 N° 6 del Código Penal, porque la ley exige que la conducta sea irreprochable, lo que supone un comportamiento exento de toda censura y toda transgresión a la ley”. En similar sentido se pronuncian **la Corte de**

Apelaciones de Temuco, Rol N° 63-2017, de 7 de febrero de 2017; la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 27-2017, de 3 de abril de 2017, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 96-217, de 25 de abril de 2017.

c) Efecto en la naturaleza

El impacto de las sanciones anteriores en la naturaleza de la nueva sanción ha ocurrido en la forma como lo razona la Corte Suprema en el fallo ya citado, el que queda graficado en la **Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 1233-2015, de quince de septiembre de dos mil quince**, al señalar: “Que sólo es posible concluir que no existe el error de derecho invocado desde que el artículo 12 N° 16 del Código Penal ha sido aplicado por los sentenciadores para considerar uno de los factores que recoge genéricamente la letra f) del artículo 24 de la Ley N° 20.084. En efecto, tratándose de la presente condena siendo todavía adolescente, la sanción pretérita sólo puede ser tenida en cuenta para dichos efectos, tal como ocurrió, esto es, como ha señalado la Excma. Corte Suprema, para determinar “la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social- al decidir la naturaleza de la pena que se impondrá dentro de las diversas alternativas que para cada grado de penalidad ofrece el legislador, así como al fijar su concreta cuantía dentro del marco legalmente determinado, según el tipo de sanción” (Rol 4419-2013)”.

d) Efectos en la aplicación de las sanciones sustitutivas durante la adultez

El fallo de la Corte Suprema, Rol N° 4419-2013, ha producido un efecto extendido en diversas Cortes de Apelaciones del país, en cuanto a la evaluación de la aplicación de las sanciones sustitutivas respecto del mayor de edad, las que han considerado improcedentes las medidas sustitutivas de la Ley N° 18.216 al existir sanciones previas impuestas por aplicación de la Ley N° 20.084, en el sentido que estas sanciones previas impuestas deben ser ponderadas por el Tribunal al momento de fijar la naturaleza de la sanción a imponer al adulto, “en particular para decidir la concesión o denegación de alguna de las penas sustitutivas que contempla la actual Ley N° 18.216”. Sentencias que han seguido esta línea podemos mencionar, entre otras: **sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 11-2015, de 19 de febrero de 2015, sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 169-2015, de 27 de julio de 2015; sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 416-2015, de 10 de abril de 2015; sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 166-2017, de 10 de marzo de 2017, sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 749-2017, de 17 de abril de 2017**. A su vez, dentro de este grupo de fallos es posible distinguir tres vertientes de argumentaciones:

- Aquellas que desechan las sanciones sustitutivas porque consideran que no cumple el requisito objetivo de la ley, para ello indican: “Que, las actuales normas contenidas en los artículos 15 y 15 bis de la ley 18.216 no posibilitan conceder la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva respecto de quienes hayan sufrido sanciones con anterioridad, lo que ocurre en la especie, sin que exista norma alguna que excluya a este respecto las penas sufridas por los hechos como adolescentes”. **Sentencia de la Corte de San Miguel, Rol N° 1044-2016, de 20 de junio de 2016; y sentencia de la misma Corte, Rol N° 573-2014, de 5 de mayo de 2014.**
- Sentencias que entienden que existe incumplimiento de los requisitos subjetivos de la ley. Si bien no se considera para la agravante, sí es posible tenerla en cuenta para ponderar la concurrencia de la letra c) del artículo 8 de la Ley N° 18.216, por cuanto “no existe razón alguna para no traerlas en consideración cuando se trata de mensurar, como lo exige la letra c) del artículo 8°, la conducta anterior del condenado y en este caso, la pluralidad delictiva, incluyendo la comisión de hechos gravísimos, son necesariamente demostrativas del incumplimiento de las exigencias legales para acceder a la pena sustitutiva solicitada”. Así lo sostiene la **Corte de Apelaciones de Antofagasta en sentencia Rol N° 139-2015, de 10 de junio del 2015; y la Corte de Apelaciones de Valdivia en sentencia Rol N° 115-2017, de 3 de marzo de 2017.**
- Sentencia que resuelve sobre la base del artículo 59 de Ley N° 20.084 y su remisión al artículo 2 del Decreto Ley N° 645 de 1925, que dispone que las anotaciones de condenas anteriores, constituyen antecedentes que han de considerarse para los efectos de la reincidencia. Se ha señalado que “la decisión de otorgarle validez a las sanciones que el imputado mantiene como adolescente, resulta corroborado con lo prevenido en el artículo 59 de la Ley 20.084, por el cual permanece plenamente vigente el artículo 2° del D.L. N° 645 de 1925 sobre Registros General de Condenas, de donde se colige que las anotaciones de condenas de menores de edad pueden ser estimadas como sustento de la agravante de la reincidencia, con mayor fundamento aún, sirve de antecedente para entender que la conducta anterior está manchada, constituyéndose en una traba insalvable que permita establecer que su proceder pretérito se mantiene sin reproches”. **Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 11-2015, de 19 de febrero de 2015, considerando tercero.**

6. Conclusiones

La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia sobre la determinación de sanciones en general ha abordado las dificultades que plantea la normativa vigente, no siempre resolviendo en una sola línea y en algunos casos se observaron cambios de criterios que marcaron una tendencia que lentamente es recogida en la jurisprudencia posterior.

Así, la jurisprudencia reconoce la doble finalidad de la sanción penal adolescente y la difícil tarea de equilibrar adecuadamente tanto las necesidades de punición o prevención general positiva con las exigencias de rehabilitación o de prevención especial positiva. En cuanto a la supletoriedad de las normas penales ha ido desde aquellos fallos que propenden la aplicación irrestricta del Código Penal y las leyes penales especiales, hasta un incipiente avance hacia la consideración de los fines de la ley para ello.

Por otra parte, se encontró abundante jurisprudencia sobre la determinación de la extensión y naturaleza de la sanción, en cambio, fueron escasos los fundamentos sobre la idoneidad, que superaran la sola consideración a las condenas previas, lo que denota la falta de herramientas para profundizar en esta materia.

Finalmente, la modificación de criterio de la Corte Suprema sobre el efecto de las sanciones previas como adolescente, si bien no ha logrado provocar un cambio definitivo ha sido una tendencia que ha ido generando progresivamente fallos en la misma línea planteada.

CONTENIDOS

Artículos

El Estatuto de la Víctima del delito. La tutela de las víctimas en el proceso penal español

Juan Manuel Fernández Aparicio

Las penas sustitutivas de la nueva Ley N° 18.216 y su relación con las penas de inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares

Yelica Lusic Nadal

¿Qué hacen los Tribunales de Tratamiento de Drogas? Breve revisión de sus fundamentos

Álvaro Pérez d'Alençon

Lorena Rebolledo Latorre

Debido proceso legal y control de convencionalidad en el procedimiento de extradición pasiva

Alvaro Hernández Ducos

Orientaciones sobre la evaluación pericial de testimonio

Sofía Huerta Castro

Distinción entre tortura y tratos crueles inhumanos o degradantes en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

María Angélica San Martín Ponce

Análisis del concepto de empleado público para la aplicación de los tipos penales de tortura a los trabajadores de organismos colaboradores del SENAME

Gisela Schoenmakers Ruiz

“Caso Nora”: Primera condena en juicio oral por estafa como delito base de lavado de activos

Camila Guerrero Martínez

Reflexiones sobre el secreto bancario, el delito de violación del mismo y la publicidad de los actos del poder judicial

Bárbara L. Sanhueza Arancibia

Aspectos jurisprudenciales sobre la determinación de sanciones de la Ley N°20.084 sobre responsabilidad penal de los adolescentes

Eva Curia Castro