ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº 73 - Agosto 2018

REVISTA JURÍDIGA DEL MINISTERIO PÚBLIGO

 N° 73 - Agosto de 2018

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 Antonio Segovia Arancibia Angelica Torres Figueroa

Colaboradores:

Carol Donoso Schwarz Andrea González Leiva David Opazo Meneses Soledad Poblete Moya

La Revista Jurídica del Ministerio Público (ISSN N°0718-6479) es una publicación de la Fiscalía Nacional de la Institución, continuadora del Boletín del Ministerio Público, cuyo primer número fue publicado en mayo de 2001. Durante su primer año de publicación, fue editado mensualmente. Durante el año 2002 lo fue cada dos meses y, en el 2003, el incremento del material de difusión generado por la Reforma, forzó su edición trimestral, para fortalecer la recopilación y selección del material a publicar. 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: Aquaprint Impresores

INDICE

PRÓLOGO

I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

Fallos	
Recurso de nulidad rechazado. Control de identidad e infracción a la Ley de Tránsito	9
Corte Suprema	
Recurso de nulidad rechazado. Penas accesorias y sustitución de la pena	15
Corte Suprema	
Contienda de competencia entre Fiscalía Local y Juzgado de Policía Local. Disensiones vecinales	20
Tribunal Constitucional	20
Requerimiento de inaplicabilidad rechazado. Artículo 449 inciso 1º	
del Código Penal. Ley N°20.931 (Agenda Corta Antidelincuencia)	27

II. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Sentencias Comentadas

Tribunal Constitucional

Gastos reservados y malversación de caudales públicos: comentario a la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema en el denominado Caso Riggs 47 *Alejandro Litman Silberman*

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

Artículos

Una aproximación sociológica a los factores culturales, económicos y	
políticos del tráfico de drogas transnacional y su criminalidad organizada	67
Anton Lazzaro Müller	

VI. UNIDAD DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES	
Fallos	
Extradición pasiva para cumplimiento de condena Ministro Instructor Corte Suprema	91
V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DERECHOS HUMANOS, VIOLENCIA DE GÉNERO Y DELITOS SEXUALES	
Artículos Acciones del Ministerio Público de Chile en el Contexto de la Ratificación del Protocolo Facultativo Sobre Comunicaciones de la Convención de los Derechos del Niño Catalina Duque González	107
VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN LAVADO DE DINERO, DELITOS ECONÓMICOS, MEDIOAMBIENTALES Y CRIMEN ORGANIZADO	
Artículos Elementos del delito de asociación ilícita en la jurisprudencia chilena: especial referencia a los tribunales superiores de justicia Tania Gajardo Orellana	131
Acerca del delito de loteos irregulares Rodrigo Peña Sepúlveda	149
VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS	

La internación provisoria frente a la protección de determinados bienes jurídicos

María José Taladriz Eguiluz

163

PRÓLOGO

Con especial énfasis en la labor de nuestros más altos tribunales, en este número destacamos fallos dictados por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, en los que se abordan relevantes problemáticas, como el efecto de la sustitución de las penas en las penas accesorias, el control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal en el contexto de la Ley de Tránsito, la resolución de una contienda de competencia entre un Juzgado de Policía Local y una Fiscalía Local y la decisión sobre un requerimiento de inaplicabilidad del artículo 449 inciso 1° del Código Penal modificado por la Ley N°20.931.

Además, ofrecemos en esta edición comentarios a dos sentencias de interés. El primero, relativo al fallo dictado en el denominado caso Riggs, elaborado por la Unidad Especializada Anticorrupción, en el que se profundiza en materia de gastos reservados y malversación de caudales públicos. El segundo, por parte de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones, que analiza la extradición pasiva para efectos del cumplimiento de una sentencia condenatoria dictada en contra de un requerido.

En una línea similar, presentamos un artículo que desarrolla los elementos del delito de asociación ilícita a partir de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia de nuestro país, y de manera análoga, otro que profundiza respecto de la internación provisoria dentro del sistema de responsabilidad penal adolescente, a partir de la hipótesis contemplada en el artículo 32 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, enfocándose en sentencias de nuestro máximo Tribunal.

A su vez, también en relación con el ámbito internacional y la cooperación entre estados, publicamos en esta edición de nuestra Revista un artículo de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas que desarrolla una aproximación sociológica a los factores culturales, económicos y políticos del tráfico de drogas transnacional y su criminalidad organizada. Del mismo modo, el lector podrá encontrar otro artículo elaborado por la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales que expone acerca de diversas acciones del Ministerio Público en el contexto de la ratificación del Protocolo Facultativo Sobre Comunicaciones de la Convención de los Derechos del Niño.

Finalmente, ponemos a disposición un artículo con un análisis de la figura típica del delito de loteos irregulares.

JORGE ABBOTT CHARME

FISCAL NACIONAL

MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. CONTROL DE IDENTIDAD E INFRACCIÓN A LA LEY DE TRÁNSITO.

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

Carabineros de Chile, además de su rol de organismo auxiliar del Ministerio Público en la investigación de delitos, cumple funciones de prevención de la comisión de ilícitos en resguardo del orden público y la seguridad pública interior. El control de identidad comprende ambos componentes de la actividad policial.

Si bien usualmente el control de identidad sólo importa labores de prevención, de ellas pueden derivar indicios que obligan a la policía a reaccionar ante la probable comisión de un ilícito mediante acciones autónomas de investigación.

Es un hecho establecido mediante prueba testimonial que el acusado conducía el automóvil

sin licencia y que además, que los restantes ocupantes del vehículo se negaron a identificarse.

En estas condiciones, las actuaciones de los referidos agentes se enmarcan precisamente en la mencionada función de prevención de la comisión de delitos en resguardo del orden público.

El comportamiento del enjuiciado de conducir sin tener el documento identificatorio hacía imperativo su traslado a la unidad policial, conforme lo describe el artículo 7 de la Ley 18.290, momento en el cual la revisión del automóvil y su contenido resultaba obligatorio, de modo que no es posible estimar tales gestiones al momento del control como una infracción sustancial de los derechos garantizados en la Constitución Política de la República.

Texto Completo:

Santiago, diecinueve de junio de dos mil dieciocho.

VISTOS:

El Juzgado de Garantía de la Serena, por sentencia de nueve de abril del año en curso, condenó en procedimiento simplificado a **José Ignacio Marambio Araya** y a **Rodrigo Alejandro** Araya Cortés, como autores del delito de portar elementos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo, en grado de consumado, cometido en esa ciudad el día 01 de noviembre de 2017, debiendo sufrir, cada uno de ellos, la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, más la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

Por estos mismos hechos, el tribunal también condenó al adolescente Luis Alberto Pasten Morgado, como autor del referido delito, al pago de una multa de una unidad tributaria mensual.

La sentencia dispuso el comiso de las especies incautadas, reemplazó la pena corporal de Marambio Araya por remisión condicional y decretó el cumplimiento efectivo de la impuesta a Araya Cortés, sin costas.

En contra de tal decisión, la defensa de los acusados dedujo recursos de nulidad, los que se conocieron en la audiencia pública del pasado treinta de mayo, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta suscrita en la misma fecha.

CONSIDERANDO:

Primero: Que los recursos deducidos por los tres condenados denuncian -en similares términosla configuración de la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, aquella que previene la infracción sustancial de garantías constitucionales durante la tramitación del proceso, en relación con el artículo 19 N°s 2 y 3 de la Constitución Política de la República, infraccionados en este caso porque el Juez de Garantía no valoró en forma negativa la prueba ilegalmente obtenida y condenó a sus representados producto precisamente de dicha valoración, en circunstancias derecho que ese impone obligación de los sentenciadores de velar que la sentencia se base en

un procedimiento racional y justo, lo que implica intrínsecamente no aceptar en el mismo, elementos que se hayan obtenido contraviniendo las normas concretas establecidas para la producción de la prueba.

Esta obligación, en consecuencia, no se limita sólo al tribunal que depura la prueba en los términos del artículo 276 del Código Procesal Penal, por lo que su control de admisibilidad no es incompatible con el reconocimiento de una prohibición de valoración por parte del sentenciador, no siendo vinculante para éste lo resuelto en audiencia de preparación en relación a la prueba cuya exclusión se solicitó por la defensa y que no fue concedida, pudiendo perfectamente negarle poder probatorio en atención a su ilicitud, sin poder utilizarla en la fundamentación de la sentencia.

Así las cosas, el testigo presentado en juicio por el Ministerio Público indicó como fundamento para haber revisado el interior del automóvil que conducía don José Marambio el que éste no portara licencia de conducir, infracción de tránsito que no constituye un indicio de la entidad suficiente para proceder según lo preceptuado en el artículo 85 de Código Procesal Penal.

La actuación descrita por el fallo revela inequívocamente un atropello a las normas legales que orientan el proceder policial, como asimismo a las garantías y derechos que el recurrente considera amagados y que la Constitución Política reconoce y garantiza, ilegalidad que debió ser constatada en su momento por

el juez de garantía o bien salvada en el tribunal oral, lo que no aconteció. Ese proceder ilegal de los funcionarios policiales afectó a las restantes actuaciones en que ellos intervienen y las diligencias que realizaron sin amparo legal en la persona del imputado y que trajo como resultado el hallazgo de las especies que sustentan la acusación.

Terminan solicitando la nulidad del juicio y de la sentencia, excluyendo toda la prueba ofrecida por el Ministerio Público que detallan o la que la Corte estime pertinente excluir, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y se remitan los autos a Juez de Garantía de La Serena no inhabilitado que corresponda para que éste disponga la realización de un nuevo juicio.

Segundo: Que, la decisión sobre la pretendida vulneración de garantías constitucionales debe analizarse en consonancia con las circunstancias de hecho que rodearon la detención de los imputados y las normas de procedimiento aplicables al caso concreto, para efectos de determinar si estas fueron efectivamente transgredidas y, luego, en su caso, resolver si dicho quebrantamiento ha significado la violación de los derechos fundamentales que el recurso refiere.

Tercero: Que, en relación al contexto fáctico de la detención, la sentencia ha dado por establecido que la noche del día 1 de Noviembre de 2017, en los estacionamientos de la estación de servicio Petrobras, de Avenida

Balmaceda con Cuatro Esquinas, en esa ciudad, en un control vehicular por efectuado funcionarios Carabineros de Chile, los requeridos Ignacio Marambio Araya, José Rodrigo Alejandro Araya Corte y Luis Alberto Pastén Morgado, fueron sorprendidos teniendo en su poder en el interior del automóvil en que se desplazaban, un napoleón, una pistola a fogueo, dos gorros pasamontañas, dos pares de guantes de látex y tres desatornilladores tipo paleta.

Cuarto: Corte Que, esta sostenido diversos ha en pronunciamientos que si bien es efectivo que la Constitución Política de la República entrega al Ministerio Público la función de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, regla que repite su Ley Orgánica Constitucional, el Código Procesal Penal regula las funciones de la policía en relación a la investigación de hechos punibles y le entrega cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación, conciliando su eficacia con el respeto a los derechos de las personas, para cuyo efecto el artículo 83 la compele a practicar la detención sólo en casos de flagrancia, situación que puede generarse con ocasión de un control de identidad.

A propósito de esta última circunstancia, los artículos 85 y 86 del Código Procesal Penal regulan este procedimiento, estableciendo la facultad de los funcionarios policiales para solicitar la identificación de

cualquier persona sin orden previa de los fiscales, en los casos fundados en que estimen que exista algún indicio de que aquella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere de que cometerlo; pudiere suministrar informaciones para la indagación de un crimen, simple delito o falta; en el caso que la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad; facultando el registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, procediéndose a la detención, sin necesidad de orden judicial, de quienes se sorprenda a propósito del registro, en alguna de las hipótesis de flagrancia del artículo 130 del Código Procesal Penal, así como de quienes, al momento del cotejo, registren orden de aprehensión pendiente.

Quinto: Que, también es necesario tener en vista que Carabineros de Chile, además de su rol de organismo auxiliar del Ministerio Público en la investigación delitos, cumple funciones prevención de la comisión de ilícitos en resguardo del orden público y la seguridad pública interior. El control de identidad comprende ambos componentes de la actividad policial. Y si bien usualmente esta diligencia sólo importa labores de prevención, de ellas pueden derivar indicios que obligan a la policía a reaccionar ante la probable comisión de un ilícito mediante acciones autónomas de investigación, pero tanto los principios y directrices generales del proceso penal como la regulación

específica del control de identidad llevan inequívocamente a darle un sentido limitado a tal actuación, por una parte, por afectar garantías constitucionales de los ciudadanos y, por otra, por tener un objetivo preciso, como es obtener la identidad de los sujetos que se encuentran en la situación prevista en la norma. En ese entendido y teniendo en consideración que se trata de una facultad autónoma de la policía, resulta claro que puede llevarse a cabo solamente cuando se presentan las precisas circunstancias contenidas en el texto legal ya citado.

Sexto: Que, a propósito de la situación de hecho previa al control de identidad del imputado, del fallo se advierte que es un hecho establecido mediante prueba testimonial que el acusado Marambio Araya conducía el automóvil (cuyos colores no coincidían, en su disposición, con los datos de su registro) sin la licencia que lo habilitaba al efecto, transgrediendo lo dispuesto en los artículos 6 y 202 de la Ley de Tránsito, conforme a los cuales conductores de vehículos motorizados o a tracción animal, salvo la excepción del artículo anterior, deberán llevar consigo su licencia, permiso o boleta de citación y, requeridos por la autoridad competente, deberán acreditar su identidad y entregar los documentos que lo habilitan para conducir", constituyendo el quebrantamiento de esta disposición, una falta. Luego verificarse la incongruencia cromática detallada, el imputado conminado a mostrar documentos, estableciéndose por el

personal policial, en ejercicio de sus funciones, que el imputado incurría en la falta consistente en conducir sin licencia; asentándose además, que los restantes ocupantes del vehículo se negaron a identificarse.

En estas condiciones, las actuaciones de los referidos agentes se enmarcan precisamente en la mencionada función de prevención de la comisión de delitos en resguardo del orden público, por lo que el supuesto sobre el cual descansa el cuestionamiento del recurso resulta difícil de admitir, en cuanto se sostienen alegaciones de ilegalidad que no concurren en la especie.

En efecto, el procedimiento efectuado ya contaba con justificación en las circunstancias antes referidas, las que son suficientes para realizar el control administrativo realizado, ya que no debe olvidarse que Carabineros se encontraba facultado, conforme al artículo 4° de la Ley de Tránsito, para controlar el vehículo.

Séptimo: Que, la situación que el fallo describe valida el proceder policial, pues el comportamiento del enjuiciado de conducir sin tener el documento identificatorio hacía imperativo su traslado a la unidad policial, conforme lo describe el artículo 7 de la Ley 18.290, momento en el cual la revisión del automóvil y su contenido resultaba obligatorio, de modo que no es posible estimar tales gestiones al momento del control como una infracción sustancial de los derechos garantizados en la Constitución Política de la República, como sugieren los recursos.

De esta manera, tanto el contexto validado por el tribunal como el que impone la Ley del Tránsito habría permitido determinar la existencia de los elementos que fundamentan la imputación, materializándose la detención de los imputados, en conformidad a lo que dispone el artículo 83 letra b) del mismo cuerpo normativo, por lo que la infracción de garantías constitucionales no se ha producido.

Octavo: Que, en conclusión, las actuaciones en análisis han sido efectuadas dentro del marco de la legalidad y por ello no han infringidas las garantías constitucionales del debido proceso y la libertad personal en perjuicio de los acusados en los términos que reclaman los recursos, de manera que las pruebas obtenidas en tales actuaciones, que dieron cuenta de la comisión de un hecho ilícito, han podido ser válidamente incorporadas en juicio y valoradas positivamente por los sentenciadores para fundar la decisión de condena.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, con lo dispuesto en los artículos 373 y 384 del Código Procesal Penal, se rechazan los recursos de nulidad deducidos por la defensa de los acusados José Ignacio Marambio Araya, Rodrigo Alejandro Araya Cortés y Luis Alberto Pasten Morgado, contra la sentencia de nueve de abril de dos mil dieciocho, dictada en la causa RUC N° 1701027555-5, RIT N° 7301-2017, del Juzgado de Garantía de La Serena, y contra el juicio que le precedió, los que, en consecuencia, no son nulos.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Cerda, quien fue del parecer de acoger los recursos deducidos y anular la sentencia y el juicio oral que le antecedió, disponiendo la realización de uno nuevo, por tribunal no inhabilitado, excluyendo la prueba mencionada en el recurso, por ilícita, teniendo para ello en consideración lo siguiente:

En el caso que se revisa los funcionarios policiales procedieron a efectuar un control de identidad que no tuvo más justificación que un solo indicio -conducir sin licencia habilitante- lo que no configura una información relativa a un hecho delictivo que pueda ser representado, de manera que no puede justificar el recurso a la herramienta que entrega el artículo 85 del Código Procesal Penal.

En este contexto, a juicio del disidente, el hallazgo de los elementos que justifican la imputación no valida el proceder policial, de manera que la actuación descrita por el fallo revela inequívocamente un atropello a las normas legales que orientan el proceder policial, como asimismo a las garantías y derechos que el recurrente considera amagados y que

la Constitución Política reconoce y garantiza, ilegalidad que debió ser constatada en su momento por el juez de garantía, lo que no aconteció, afectando la prueba obtenida. transformándola en ilícita, ya no puede ser rendida en juicio ni sustentar decisión de condena alguna, desde que el artículo 295 del Código Procesal Penal prescribe que todo medio probatorio ha de haberse "producido" e "incorporado" de conformidad a la ley, cual, ha quedado demostrado precedentemente no ha ocurrido en la especie.

Registrese y devuélvase

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Künsemüller y el voto en contra, de su autor.

Rol N° 7575-18

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Carlos Cerda F., y la Abogada Integrante Sra. María Cristina Gajardo H. No firma la Abogada Integrante Sra. Gajardo, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. PENAS ACCESORIAS Y SUSTITUCIÓN DE LA PENA

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

Aunque un condenado reciba una pena sustitutiva, simultáneamente debe cumplir las penas accesorias impuestas, pues la circunstancia de que se le haya reemplazado la pena corporal por la remisión condicional, no obsta a que deba cumplir la accesoria de suspensión del cargo u oficio público.

Hay voto en contra del Ministro Sr. Dolmetsch, quien considerando los fines de rehabilitación del sentenciado como idea central de la Ley N°18.216, estima que no puede aplicarse la pena accesoria del artículo 30 del Código Penal.

Texto completo:

Santiago, veintiséis de julio de dos mil dieciocho.

VISTOS:

En esta causa RUC N°1700458062-1 y RIT N°10335-2017, del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, por sentencia de dos de mayo de dos mil dieciocho, se condenó al imputado J. A. A. G. P., como autor del delito conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, en grado de consumado, previsto en el artículo 196 de la Ley 18.290, perpetrado en Santiago, el 14 de mayo de 2017, a sufrir la pena privativa de libertad de cuarenta y un días de prisión en su grado máximo, a la pecuniaria de multa de un tercio de unidad tributaria mensual, más la accesoria de suspensión de cargo u oficio público mientras dure la condena y la pena especial de suspensión de su licencia de conducir por el término de dos años, sirviéndole de abono el tiempo que estuvo retenida por el Ministerio Público, desde el 14 de mayo de 2017 hasta fecha de dictación del presente fallo. Se le sustituyó la pena corporal impuesta, por un año de remisión condicional de la misma y se le eximió del pago de las costas de la causa.

En contra de esa decisión la defensa del acusado J. A. A. G., interpuso recurso de nulidad, el que se estimó admisible por este tribunal y fue conocido en la audiencia pública del nueve de julio recién pasado, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurso esgrime la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, denunciando vulnerados los artículos 19 N°3 de la Constitución Política de la República de Chile; 1, 18 y 30 del Código Penal; 1 N°1 de la Ley 20.603; 1 y 5 letra c) de la Ley 18.216; 196 inciso primero y 196 ter, ambos de la Ley 18.290, pues se aplicó al acusado la sanción de "suspensión de cargo u oficio público mientras dure la condena", a la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena, en circunstancias que esta última no lleva consigo dicha accesoria. Indicó que, al ser la pena sustitutiva de remisión condicional, "una pena", "que sustituyó" la privativa de libertad de 41 días de prisión en su grado máximo, resulta improcedente aplicar la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público, por cuanto, ésta, por su naturaleza, sigue la suerte de la pena privativa de libertad, que no fue aplicada.

Desarrollando los fundamentos del libelo, esgrime que, en el caso de autos, se vulneró el principio de legalidad de las penas, contemplado en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, al aplicar una pena accesoria improcedente. Lo anterior, a juicio del recurrente, también infringe el principio pro reo y el artículo 18 del Código Penal, al aplicar una sanción cuando no existe consagración legal expresa de ella. Asimismo, denuncia

la transgresión de la finalidad de la ley 20.603, resaltando la letra c) del artículo 5, referida a la remisión condicional, en cuanto impone al beneficiado la obligación de ejercer una industria, profesión u oficio, que aparece contradictorio con la privación del cargo que el acusado ya posee, provocándole un desarraigo laboral, atendida su calidad de funcionario público.

Finalmente, reprocha una errónea aplicación del derecho, pues el delito contemplado en el inciso primero del artículo 196 de la Ley 18.290, por el cual fue condenado el acusado, no establece expresamente la sanción del artículo 30 del código sustantivo, a diferencia del artículo 196 inciso primero en relación con el artículo 196 ter, ambos de la Ley 18.290, que sí la contempla, de lo que se colige que en el primer caso es improcedente.

En consecuencia, solicita se acoja el recurso de nulidad, se anule la sentencia, y sin nueva audiencia, pero separadamente, se dicte sentencia de reemplazo que exima al acusado J. A. A. G. de la accesoria de "suspensión de cargo u oficio público mientras dure la condena" que se le impuso.

Segundo: Que el motivo de invalidación alegado por la defensa, contemplado en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, de conformidad al artículo 376 inciso tercero del Código Procesal Penal, ha sido confiado, excepcionalmente, al conocimiento de esta Corte Suprema en el evento que, con ocasión de dicha causal, se invoquen distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores sobre la cuestión de derecho planteada en el recurso; lo que en la especie se demuestra con los pronunciamientos que se acompañan a la presentación en análisis, contenidos en resoluciones que postulan tanto la tesis que estiman inaplicable la accesoria del artículo 30 del Código Penal, cuando la pena es sustituída por la remisión condicional de la pena, como los que avalan la postura que la estima aplicable.

Tercero: Que como se advierte, la alegación que el recurrente ha formulado por la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, se fundamenta en la errónea aplicación por el tribunal de la Ley 18.216, que requiere un proceso interpretativo del artículo 30 del Código Penal, pena definida como accesoria y con aplicación durante el tiempo de la condena, por lo que debe cumplirse, simultáneamente, con la pena principal y no por un periodo equivalente a ésta, de modo que al encontrarse suspendida aquélla, no procede cumplir la accesoria.

Cuarto: Que la figura típica de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, previsto en el artículo 196 de la Ley 18.290, por el cual resultó condenado el imputado J. A. A. G. P., comprende como pena principal la de presidio menor en su grado mínimo, que, en la especie, al haberse acreditado dos circunstancias atenuantes a su favor, se rebajó a la de prisión en su grado máximo, imponiéndole como accesorias la de suspensión de cargo u oficio público, más suspensión de licencia de conducir y multa.

Quinto: Que, a fin de resolver sobre la pretendida errónea aplicación del

derecho, útil resulta acudir al elemento de interpretación gramatical contenido en el artículo 19 inciso 1° del Código Civil, del que se desprende que el artículo 1° de la Ley N° 18.216, a diferencia de la derogada Ley N° 7821, que empleaba la frase "sanción que imponga la sentencia condenatoria", se refiere exclusivamente a las penas corporales en sus artículos 1, 4, 8, 15 y 28 y no a las penas que afecten otros derechos, como es la suspensión de cargo u oficio público. Que con esta modificación el legislador estableció, en otras palabras, que de todas las penas impuestas -accesorias o no- sólo la pena privativa (o restrictiva) de libertad, en este caso la de prisión, es la que corresponde se suspenda.

Refuerza lo anterior lo señalado en el artículo 2° de la misma Ley N° 18.216, que dispone que rige el artículo 398 del Código Procesal Penal tratándose de las faltas, la que se refiere a la "suspensión de la pena y sus efectos", en singular, y en ningún caso a las penas accesorias, pues se emplea como artículo "la" y sustantivo "pena", de lo que se colige que no puede suspenderse lo accesorio de una sanción principal, pues las penas accesorias del ilícito no quedan cubiertas por los beneficios de la Ley 18216, sino sólo la principal.

Por otra parte, los fundamentos de la Ley N° 18.216, tienen "por objeto eliminar la ejecución de penas de corta y mediana duración y ordenar, en su reemplazo, el cumplimiento de algunas de las medidas que prescribe, lo que busca evitar los inconvenientes que presentan las penas privativas de

libertad de corta duración, en cuanto no admiten un eficaz tratamiento penitenciario para la rehabilitación del condenado; e intenta beneficiar sobre todo al que delinque por primera vez, y así impedir el padecimiento moral del encierro o de la reducción de su libertad y posibilitar su más rápida reinserción y readaptación para la vida en sociedad". Lo anterior permite al juez una mayor flexibilidad para considerar la situación personal del condenado y su realidad, evitando los efectos

desocializadores y criminógenos de quienes son condenados a las penas privativas de libertad, en especial, para los llamados delincuentes primarios y los jóvenes. Así, el propósito del legislador, en ningún caso, fue que los empleados públicos no sean suspendidos del empleo, sino que evitar el ingreso al sistema penitenciario.

Que, sobre este tema, durante la tramitación del proyecto que dio origen a la Ley N° 20.603, que modificó la Ley N° 18.216, el abogado Jefe de la División de Defensa Social del Ministerio de Justicia expresó en el Senado que "el proyecto establece un régimen de sustitución de las penas principales de privación de libertad y no de las penas accesorias, por lo que dichas sanciones anexas subsisten, aunque la sentencia decrete una sustitución de la pena principal por una de las enumeradas en este proyecto" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile." Historia de la Ley N° 20.603" [en línea], [Consulta: 23.AG0.2015]).

Que, el artículo 30 del Código Penal se refiere entre otras penas, a las de prisión, que es precisamente la impuesta en la especie y conlleva la accesoria allí contemplada.

Que de la normativa reseñada es dable inferir que el legislador discurre sobre la idea de que un condenado que recibe una pena sustitutiva, simultáneamente, cumpla las penas accesorias impuestas, pues la circunstancia que se le haya reemplazado la pena corporal por la remisión condicional, no obsta a que deba cumplir la accesoria del artículo 30 del Código Penal, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 76 del mismo cuerpo legal.

Sexto: Que en mérito de lo razonado no puede sostenerse que los jueces del fondo han errado en la aplicación del derecho, pues la pena accesoria impuesta se encuentra comprendida en la ley sustantiva que se ha estimado infringida, razón por la cual el recurso de nulidad será desestimado

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 342, 373 b), 377 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa de J. A. A. G. P. contra la sentencia de dos de mayo de dos mil dieciocho, del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago y el juicio oral simplificado que le antecedió en el proceso RUC N°1700458062-1 y RIT N°10335- 2017, los que, en consecuencia, no son nulos.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Dolmestch, quien estuvo por acoger el recurso, declarar nula la sentencia y dictar otra de reemplazo en los términos que se señalarán. Para ello tuvo en consideración:

1°.- Que en el presente fallo se condena al recurrente, además, con la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 30 del Código Penal que al efecto dispone que la pena de prisión lleva consigo, también, la señalada accesoria;

2°.-Que si bien ello es efectivo, como lo es también que las leyes modificatorias de las penas alternativas y después sustitutivas no contemplan alteración formal en tal sentido, no lo es menos el que su aplicación conduce al absurdo, perjudicando abiertamente a quien se pretende favorecer, por la vía de estimular su recuperación. Tal situación se produce, seguramente, por las diferencias de tiempo en que se concibieron y dictaron las distintas legislaciones, esto es, la citada norma del Código Penal y la ley sobre penas sustitutivas, por lo que bien pudo no advertirse los efectos de una y otra, sobre todo en convivencia;

3°.- En lo que interesa, la colisión se produce al exigir como condición de cumplimiento de la pena por la vía de la remisión condicional el que el condenado acredite desempeñar un oficio que le permita su manutención, ya sea ejerciendo una actividad laboral o bien poseyendo medios lícitos de subsistencia. Lo anterior precisamente para cumplir con la elevada aspiración legislativa de estimular su rehabilitación. Sin embargo, si aplicamos la disposición del artículo 30 del Código Penal, en este preciso caso, se priva al recurrente de esta posibilidad, pues éste tiene un cargo u oficio público estable, del cual quedaría transitoriamente desprovisto y también

incumplido del requisito contemplado en el artículo 5° letra c) de la Ley N° 18.216;

4°.- Esta incompatibilidad no resuelta, ciertamente hace imposible cumplir con la idea central de la ley que, como dijimos, aspira a la rehabilitación del sentenciado y claramente le perjudica desde todo ángulo, situación está que no puede concretarse en una sentencia judicial. Por lo tanto tal dicotomía corresponde a la jurisdicción resolver y en tal sentido, a juicio del disidente, tendrá que hacerlo de manera tal que la intención del legislador surta sus efectos propios y no otros no concebidos ni mucho menos deseados. Es por ello que este juez es del parecer que no puede aplicarse la pena accesoria del artículo 30 ya señalado y que ha sido el fundamento básico del recurso en estudio y, por lo que, de ese modo, debiera anularse la sentencia por la infracción legal denunciada y dictarse sentencia de reemplazo que declare no aplicable la varias veces citada accesoria legal.

Registrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Valderrama y la disidencia de su autor.

Rol N°8897-18

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Manuel Valderrama R., Jorge Dahm O., y la Abogada Integrante Sra. Maria Cristina Gajardo H. No firma el Ministro Sr. Dahm, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

CONTIENDA DE COMPETENCIA ENTRE FISCALÍA LOCAL Y JUZGADO DE POLICÍA LOCAL. DISENSIONES VECINALES

Tribunal: Tribunal Constitucional

Resumen:

La competencia del Ministerio Público surge clara sólo ante la ocurrencia de un eventual suceso que revista características de falta, crimen o simple delito. Conforme lo establece el artículo 172 del Código Procesal Penal, "la investigación de un hecho que revistiere caracteres de delito podrá iniciarse de oficio por el ministerio público, por denuncia o por querella", agregando el artículo 180 que los fiscales dirigirán la indagatoria y podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos.

Para ello, debe estarse ante una denuncia que revista un ámbito que se enmarque en la competencia del persecutor penal público, esto es, lo penal.

En la especie, el Juez de Policía Local, sin contar con mayores elementos jurídicos que permitieran establecer el hecho basal fundante, ni menos el eventual grado de participación de las personas involucradas, se ha limitado a realizar una calificación jurídico-penal sólo tomando en consideración la glosa redactada por el funcionario policial que consta en el parte denuncia, y que sólo se refiere a disensiones vecinales.

Se decide que es competente para conocer los hechos denunciados el Juzgado de Policía Local de Macul.¹

Texto Completo:

Santiago, veintidós de mayo de dos mil dieciocho.

VISTOS

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, por oficio de fojas 1, con fecha 13 de abril de 2018, la Corte de Apelaciones de

Santiago ha remitido al Tribunal Constitucional los autos seguidos en su judicatura bajo el Rol N° 461-2018-Policía Local, con el objeto de que esta Magistratura dirima la contienda de competencia que ha sido promovida entre el Juzgado de Policía Local de Macul con el Ministerio Público, conforme rola en resolución del aludido juzgado, a fojas 16;

¹ En el mismo sentido, ver fallo dictado por el Tribunal Constitucional en los autos $N^{\circ}4595-18$ -CCO.

SEGUNDO: Que, el señor Presidente del Tribunal Constitucional ordenó que se diera cuenta a la Segunda Sala de la contienda de competencia promovida, la que fue declarada admisible en resolución de 19 de abril de 2018, a fojas 22, confiriendo traslado por diez días al Ministerio Público y disponiendo la suspensión del procedimiento seguido ante el aludido Juzgado de Policía Local;

TERCERO: Que, a fojas 26, con fecha 23 de abril de 2018, señor Fiscal Nacional Ministerio Público contesta traslado conferido. solicitando que la contienda de competencia decidida estableciendo el Juzgado de Policía Local debe declarado competente continuar con la investigación de los hechos aludidos en los partes policiales rolantes en autos. A dicho respecto, hace presente que no se verifica una notitia criminis, puesto que los partes policiales remitidos al enunciado tribunal sólo dan cuenta de una disensión vecinal, no entregando una relación mínima de hechos que permitan establecer, siquiera mínimamente, que ha ocurrido un suceso que pueda revestir carácter delictual, en los términos de la competencia del Ministerio Público. Así, refiere que resulta una obligación del tribunal que en primer término conoció de la denuncia, realizar las diligencias básicas de investigación, lo que, a esta fecha, no ha ocurrido;

CUARTO: Que, traídos los autos en relación por resolución de fecha 8 de

mayo de 2018, a fojas 33, se efectuó la vista de la causa en audiencia celebrada ante la Segunda Sala del Tribunal Constitucional el día 15 de mayo del año en curso, oyéndose la relación pública y los alegatos por el abogado don Pablo Campos Muñoz, en representación del Ministerio Público, adoptándose acuerdo de rigor con igual fecha;

I. LA CONTIENDA DE COMPETENCIA PROMOVIDA

QUINTO: Que tal como ha sido enunciado precedentemente, sido accionada por la Corte de Apelaciones de Santiago, derivando los antecedentes que a su turno le remitiera el Juzgado de Policía Local de Macul, contienda de competencia ante este Tribunal Constitucional, a efectos de que ésta dirima el órgano que deberá conocer de los hechos que fueran denunciados en los partes policiales N°s 463 y 465, de fecha 13 de enero de 2018, rolantes a fojas 5 y 6 de autos, expedidos por la 46^a Comisaría de Macul de Carabineros de Chile;

SEXTO: Que, conforme lo establece el artículo 93, inciso primero, numeral 12, de la Constitución Política, es atribución del Tribunal Constitucional, "resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado", disposición que se complementa con lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta

Magistratura, que dispone que, en caso aludido precedentemente, "son órganos legitimados las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia involucrados en la contienda de competencia", agregando luego que "[e]l órgano o autoridad que se atribuya competencia o falta de ella, sobre un asunto determinado, deberá presentar su petición por escrito al Tribunal. En ella deberá indicar con precisión la contienda producida, los hechos y los fundamentos de derecho que le sirven de sustento.";

SÉPTIMO: Que, de acuerdo a los antecedentes que obran en el expediente constitucional, la 46ª Comisaría de Macul, de Carabineros de Chile, remitió al Juzgado de Policía Local de Macul los partes policiales N°s 463 y 465, citando a la audiencia del día 12 de enero de 2018 a los eventuales infractores doña M. T. F. y don N. O. T., en razón de "[m]antener disensiones vecinales";

OCTAVO: Que, posteriormente, consta resolución del Juzgado de Policía Local de Macul, de fecha 19 de enero del año en curso, a fojas 10, que, en lo pertinente refiere "Vistos: Y apareciendo de los antecedentes que la falta denunciada encuentra comprendida en el artículo 496 N° 10 del Código Penal, materia que no es de competencia de este Tribunal, se resuelve: me declaro incompetente para seguir conociendo de esta causa, y pasen los antecedentes a la Fiscalía Local de Macul – Peñalolén – La Florida por corresponderle su conocimiento y resolución.". Por su

parte, a fojas 15 rola Of. F.L.PÑ. N° 039/2017, de 1 de febrero de 2018, de la Fiscalía Local Peñalolén-Macul, del Ministerio Público, en que devuelve los antecedentes a dicho Juzgado de Policía Local, "por no existir antecedentes que hagan presumir la existencia de la falta contemplada en el Art. 496 N° 10 del Código Penal.";

NOVENO: Que, recibido dicho oficio por la judicatura de policía local aludida, ésta resolvió con fecha 14 de febrero de 2018, conforme se lee de fojas 16, "que las faltas denunciadas se encuentran comprendidas en el artículo 496 N° 10 del Código Penal, relativas a disensiones vecinales, materia que no es de competencia de esta Magistratura, se resuelve: Rechácese la competencia declinada por la Fiscalía Local Peñalolén – Macul, trábese contienda de competencia; debiéndose elevar los autos Rol Nº 2959-2018-A A/C 2960-2018 a la I. Corte de Apelaciones de Santiago, como Tribunal Superior Jerárquico, a fin de que se pronuncie respecto a la contienda de competencia trabada en autos.";

DÉCIMO: Que, recibidos los autos por la Corte de Apelaciones de Santiago, ésta, en derecho, se declaró incompetente para conocer de la contienda de competencia trabada y remitió a fojas 20, con fecha 10 de abril de 2018, en virtud de la preceptiva constitucional aludida precedentemente, a esta Magistratura, los antecedentes para su conocimiento, deliberación y resolución;

II. RESOLUCIÓN DE LA CONTIENDA DE COMPETENCIA

DECIMOPRIMERO: Que, de los antecedentes reseñados latamente, se tiene que se está en presencia de una contienda de competencia en que tanto el Juzgado de Policía Local de Macul, como el Ministerio Público, se declaran incompetentes para conocer de las denuncias presentadas por Carabineros de Chile por "disensiones vecinales", lo que da origen a la controversia que será dirimida en estos autos:

DECIMOSEGUNDO: Que, lo anterior es consecuencia del sentido natural del instituto regulado, toda vez que esta Magistratura ha entendido que una contienda de competencia es la "disputa que se promueve entre dos autoridades o tribunales en razón de que ambos consideran que tienen o carecen de atribuciones suficientes para resolver un determinado asunto", definición formulada por el tratadista don Alejandro Silva Bascuñán y que fuera asentada en las STC Roles N°s 2656, 3089, c. 13° y, 4127, c. 3°, entre otras (Silva Bascuñán, Tratado de Derecho Alejandro. Constitucional, t. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963, p. 137);

DECIMOTERCERO: Que, en la especie, en similares términos a lo que fuera resuelto en la contienda de competencia causa Rol N° 4127, se tiene que **ambos órganos concernidos niegan** tener competencia para el conocimiento del asunto.

Por ello, y siguiendo lo razonado en la aludida sentencia (c. 6°), corresponde a esta Magistratura, en razón de lo dispuesto en el artículo 7°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, precisar el ámbito competencial tanto del Juzgado de Policía Local como del Ministerio Público, a efectos de determinar, en la especie, a cual le corresponderá el conocimiento de los hechos denunciados originalmente por Carabineros de Chile;

DECIMOCUARTO: Que, el artículo 1°, inciso primero, de la Ley N° 18.287, que Establece el Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, establece que "[el conocimiento de los procesos por contravenciones y faltas y las materias de orden civil que sean de la competencia de los Juzgados de Policía Local, se regirán por las reglas de esta ley.";

DECIMOQUINTO: Que, a su turno, la primera parte del artículo 3°, refiere que "[1]os Carabineros e Inspectores Fiscales o Municipales sorprendan infracciones, contravenciones o faltas que sean de competencia de los Jueces de Policía Local, deberán denunciarlas al juzgado competente y citar al infractor para que comparezca a la audiencia más próxima, indicando día y hora, bajo apercibimiento de proceder en su rebeldía". Por su parte, el artículo 4°, numeral 3°, refiere que la citación de estilo deberá especificar "3.- La falta o infracción que se le imputa y el lugar, día y hora en que se habría cometido,";

DECIMOSEXTO: Que, la preceptiva aludida debe complementarse necesariamente, para la resolución del asunto de autos, con lo dispuesto en los artículos 11, 14 y 15, de la Ley N° 18.287. Así, no producida la conciliación entre las partes que fueren citadas, se da origen a un juicio, pudiendo apreciar el juez la prueba y los antecedentes de la causa, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y, del mismo modo, refiere el artículo 14, inciso primero, será apreciada la denuncia formulada por un Carabinero, Inspector Municipal u otro funcionario que en ejercicio de su cargo deba denunciar la infracción.

Luego, el artículo 15 establece que, tratándose de la denuncia a que se refiere el artículo 3° (como sucede con el caso en que se basan estos autos) y cumplidos los trámites a que alude dicha norma, "el Juez podrá dictar resolución de inmediato, si estima que no hubiere necesidad de practicar diligencias probatorias.";

DECIMOSÉPTIMO: Que, por otra parte, el artículo 83, inciso primero, de la Carta Fundamental, en una normativa que luego es reproducida en el artículo de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional Ministerio del Público, otorga a dicho órgano autónomo la potestad de "dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley.";

DECIMOCTAVO: Que, por lo expuesto, resulta claro que el ámbito competencia del Ministerio Público nace con la eventual existencia de "hechos constitutivos de delito" (artículo 4° del Código Procesal Penal), por lo que, siguiendo lo razonado en la STC Rol Nº 4127-18, c. 10, la competencia que se delimita entre el Juzgado de Policía Local y el persecutor público está inequívocamente determinada por la existencia de cuestiones de naturaleza penal que, por mandato constitucional, deben ser investigadas de manera exclusiva y excluyente por el Ministerio Público;

DECIMONOVENO: Que, constatados los exiguos antecedentes remitidos primariamente por el Juzgado de Policía Local de Macul a la Corte de Apelaciones de Santiago y luego, por ésta, al Tribunal Constitucional, se tiene que dicha judicatura no realizó diligencia alguna para esclarecer los hechos denunciados por Carabineros de Chile. Así, no fue realizado comparendo de estilo (artículo 11) ni menos fueron citados los denunciados (artículo 13). Conforme se lee del expediente constitucional, dicho tribunal se limitó a otorgar una calificación jurídico-penal a los partes de denuncia remitidos por la institución policial, cuestión que le permitió declararse incompetente y, en definitiva, remitir los antecedentes al Ministerio Público por estimar concurrente la falta penal que prevé el artículo 496 N° 10 del Código Penal, sin contar con mayores elementos jurídicos que permitieran establecer el hecho basal fundante

del ilícito aludido por el Juez, ni menos, el eventual grado de participación de las personas involucradas;

VIGÉSIMO: Que, la competencia del Ministerio Público clara sólo ante la ocurrencia de un eventual suceso que revista características de falta, crimen o simple delito. Conforme lo establece el artículo 172 del Código Procesal Penal, "la investigación de un hecho que revistiere caracteres de delito podrá iniciarse de oficio por el ministerio público, por denuncia o por querella", agregando el artículo 180 que los fiscales dirigirán la indagatoria y podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos. Pero, para ello, debe estarse ante una denuncia que revista un ámbito que se enmarque en la competencia del persecutor penal público, esto es, lo penal. En la especie, el Juez de Policía Local se ha limitado a realizar una calificación jurídico-penal sólo tomando en consideración la glosa redactada por el funcionario policial que consta en el parte denuncia, lo que, a todas luces, no permite establecer que ello ha hecho nacer la competencia otorgada por el artículo constitucional al Ministerio 83 Público;

VIGESIMOPRIMERO: Que, el tratadista Claus Roxin ha razonado, en dogmática, la forma en que nace la primera etapa de desenvolvimiento del Derecho procesal penal. Así, comenta que el procedimiento penal en sentido estricto, como proceso

de conocimiento, implica decidir sobre la existencia de un hecho punible, determinando la sanción correspondiente en el evento que de ello resulte condena. Agrega el autor que el Derecho penal, cuyas reglas fundamentales constan en el catálogo punitivo, establece los elementos de la acción punible, amenazando con las consecuencias jurídicas (penas o medidas de seguridad) que están conectadas con la comisión del hecho, pero, para que dichas normas puedan cumplir su función de asegurar los presupuestos fundamentales la convivencia humana pacífica, es preciso que no permanezcan sólo en el papel, "en caso de que sea cometido un delito. Para ello necesario un procedimiento regulado jurídicamente con cuyo auxilio pueda ser averiguada la existencia de una acción punible y, en su caso, pueda ser determinada e impuesta la sanción prevista en la ley" (Roxin Claus. Derecho Procesal Penal, [Strafverfahrensrecht] (trad. Pastor, Daniel v Córdoba, Gabriela), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 1-9);

VIGESIMOSEGUNDO: Que, conforme su ámbito competencial, no corresponde que esta Magistratura determine, en definitiva, la eventual corrección de la calificación jurídica que adoptó el Juez de Policía Local respecto de los partes denuncia presentados por Carabineros de Chile. Mas, a efectos de dirimir la contienda negativa promovida, se debe tener presente que el ámbito de actuación constitucio-

nal del Ministerio Público surge ante la ocurrencia de un suceso delictual, cuestión que sólo puede comprenderse luego de efectuadas determinadas actuaciones que la judicatura en comento puede -y pudo- efectuar. Ello no implica que el Ministerio Público sea del todo incompetente para conocer los hechos denunciados, sino, más bien, que en el actual estadio procesal, no es posible constatar la presencia un hecho que posean aristas delictuales;

VIGESIMOTERCERO: Que, en similares términos a como fuera fallado en STC Rol Nº 3089, c. 26, atendido el estado actual de la controversia remitida, corresponde que sea el Juzgado de Policía Local de Macul el que se avoque al conocimiento del asunto denunciado Carabineros de Chile, por determinando las circunstancias y características del mismo y en caso de que resulte pertinente luego de ello, lo resuelva en derecho, no obstante la eventual competencia que luego de realizado lo anterior, pueda surgir respecto del Ministerio conforme Público, las normas generales.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 7°, 83 y 93, inciso primero, N° 12° e, inciso decimoséptimo, de la Constitución Política,

SE RESUELVE:

QUE ES COMPETENTE PARA CONOCER LOS HECHOS DENUNCIADOS EN LOS PAR-TES N°S 465 Y 465, AMBOS DE FECHA 13 DE ENERO DE 2018, DE LA 46ª COMISARÍA DE MACUL, DE CARABINEROS DE CHILE, EL JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE MACUL. OFÍCIESE.

QUE SE ALZA LA SUSPEN-SIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.

Comuníquese a la Corte de Apelaciones de Santiago y al Juzgado de Policía Local de Macul. Notifíquese al Ministerio Público, oficiándose a tal efecto.

Redactaron la sentencia la señora y los señores Ministros que la suscriben.

Rol N° 4594-18-CCO.

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y los Ministros señor Gonzalo García Pino, señora María Luisa Brahm Barril y, señores Cristián Letelier Aguilar y Nelson Pozo Silva.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RECHAZADO. ARTÍCULO 449 INCISO 1° DEL CÓDIGO PENAL. LEY N°20.931 (AGENDA CORTA ANTIDELINCUENCIA)

Tribunal: Tribunal Constitucional

Resumen:

1. SOBRE EL ORIGEN DE LA NORMA Y LAS FACULTADES DEL LEGISLADOR.

La historia fidedigna del establecimiento de la Ley $N^{\circ}20.931$ consigna que ella tiene dos propósitos. Uno es modificar el sistema de determinación de penas para los delitos contra la propiedad a fin de que sus partícipes sean condenados con las penas establecidas en el tipo penal respectivo, y el otro es sancionar a los delincuentes reincidentes en esta clase de delitos con penas más elevadas, de tal forma que se dificulte el acceso a las penas sustitutivas de libertad (Considerando 4°).

Tal como se expresa en sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 14 de noviembre de 2017 en causa rol $N^{\circ}3399-17$, cabe advertir que "esta Magistratura no puede estar ajena a la aspiración general de la colectividad, que recoge el legislador, en cuanto endurecer la respuesta punitiva del Estado en relación con delitos de que son víctimas frecuentes los integrantes de la comunidad nacional, relativos a afectar a las personas y a la propiedad de ellas, lo que dio lugar a la dictación de la Ley $N^{\circ}20.931$ " (Considerando 5°).

A fin de castigar con mayor severidad la comisión de delitos contra la propiedad como lo constituyen el robo con violencia o intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas, el legislador penal ha utilizado distintas metodologías para aumentar las penas en estas figuras delictivas con propósitos disuasivos en beneficio de la seguridad de toda la comunidad (Considerando 6°)

La regla cuestionada se enmarca sólo en la fase de individualización judicial de la pena y, respecto de ella, sólo en un aspecto acotado de este proceso de determinación concreta de la pena a cada caso en particular. La pena final impuesta por el tribunal ha de ser cumplida por el sujeto condenado, teniendo su origen en un proceso de tres fases que comienza con la fijación por el legislador de la pena abstracta y que sigue con la etapa de individualización judicial del quantum sancionatorio específico merecido por el infractor, para concluir con la determinación de la pena final a ser cumplida por el autor y demás partícipes.

Podría ser clara y evidente la existencia de un aumento de la severidad punitiva si directamente se elevara el límite inferior o "piso" y superior o "techo" del rango de penalidad atribuido por ley al tipo delictivo. Sin embargo, esto no ocurre en el caso del precepto impugnado, el cual opera en una fase con una menor incidencia relativa en términos de rigurosidad punitiva, añadido que la Ley N°20.931 derogó el numeral 3° del artículo 456 bis del Código Penal, en cuanto se consideraba circunstancia agravante en los delitos de robo y hurto, ser dos o más los malhechores (Considerando 15°).

2. SOBRE LA IGUALDAD ANTE LA LEY

La idea de trato desigual, exige no sólo ello sino que además tal trato sea arbitrario, no tenga un fundamento razonable. La norma jurídica objetada responde a un criterio prudente hilvanado con una reacción lógica y plausible del Estado en cumplimiento de una obligación constitucional de cuidar los bienes jurídicos reconocidos a toda persona, entre los cuales se encuentran la integridad física y síquica de todas ellas, y su derecho de propiedad (Considerando 19°).

La igualdad de trato implica que la regla contenida en la disposición legal impugnada deberá ser aplicada por igual a todas aquellas personas que se consideren, por el tribunal respectivo, responsables de algunos de aquellos delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis del Título IX del Libro II del Código Criminal, y por consiguiente, se debe entender que existe una igualdad de trato en la aplicación de la ley que contiene la regla de la determinación de la pena en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas (Considerando 20°).

3. EN CUANTO AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Existe una racional necesidad en la norma legal impugnada, que es idóneamente atendible al fundamento que tuvo el legislador para dictarla y desde la proporcionalidad en sentido estricto existe entre la gravedad del delito y la regla de determinación de pena, una debida correspondencia, lo que hace que la disposición legal impugnada, en lo que respecta al caso concreto, esté conforme a los requerimientos de constitucionalidad (Considerando 22°).

4. DISIDENCIAS:

Esta sentencia fue acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Iván Aróstica Maldonado (Presidente) y José Ignacio Vásquez Márquez, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, ya que la falta de fundamentación jurídica por parte del legislador para privar a un justiciable de una garantía judicial, torna a la norma contraria al ordenamiento constitucional y además por restringir o limitar indebidamente el ejercicio de la potestad para juzgar, en cuanto a la facultad del juez para determinar la pena.

Texto Completo:

Santiago, veintitrés de agosto de dos mil dieciocho.

VISTOS:

Con fecha 17 de octubre de 2017, Daniel Ulises Guajardo Cortés, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 449, inciso primero, Regla N°1, del Código Penal, para que surta efectos en el proceso penal RUC N° 1700187776-3, RIT N° 372-2017, seguido ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso.

Preceptos legales cuya aplicación se impugna.

El texto de los preceptos legales impugnados dispone:

"Código Penal

Artículo 449. Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan:

1ª. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia.

2ª. Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el mínimum si consta de un solo grado."

Síntesis de la gestión pendiente

Comenta el actor que se sigue en su contra causa penal ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso por delito de robo con intimidación, en que se le sindica calidad de autor, en grado de desarrollo consumado. El Ministerio Público, en el libelo acusatorio, solicita la imposición de 7 años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales, incorporación de huella genética en registro especial y costas, reconociéndole la atenuante prevista en el artículo 11, numeral 6° el Código Penal.

Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del tribunal

Refiere que el precepto impugnado genera una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, lo que carece de fundamentos razonables y objetivos, infringiendo al principio de proporcionalidad, ya sea en relación con el subprincipio de necesidad, como en relación con el de proporcionalidad en sentido estricto.

Luego, desde el principio de igualdad, enuncia que son prohibidas las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no estar fundadas en criterios objetivos y razonables según criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

Unido a ello, comenta que las diferencias de trato, para ser constitucionalmente lícitas, deben ser proporcionales a la finalidad perseguida.

La exclusión de aplicar los artículos 65 a 69 del Código Penal para determinación de penas de, entre otros, el delito de robo con intimidación, imposibilitando rebaja en diversos grados al mínimo señalado por la ley a dicho ilícito, introduce una diferencia de trato con otros supuestos de delitos que afectan el mismo bien jurídico, citando, como ejemplo, la usurpación violenta prevista en el artículo 457 del Código Penal o el incendio con resultado de muerte, que prevé el artículo 474 del catálogo punitivo; sin embargo, quien comete un delito de robo con intimidación y cuenta con dos o más atenuantes o una, pero muy calificada y a pesar de que ese delito conlleva una menor pena que este último ilícito, no se permite efectuar la rebaja de la pena en uno, dos o más grados, no observándose el criterio diferenciador entre los grupos de casos en comento.

Aplicando los criterios que informan el juicio de igualdad, se tiene que la diferenciación no posee una base objetiva ni una justificación razonable asentadas en cuestiones objetivas y neutras como la gravedad de las conductas, atendida su grado de lesividad y relevancia de los bienes jurídicos menoscabados o su grado de comisión.

Así, el legislador ha establecido una diferencia de trato entre situaciones iguales, es decir, afectaciones al bien jurídico propiedad, respondiendo el más gravoso régimen de determinación de pena a la comisión de delitos que tienen una igual o menor gravedad que otros atentados a ese mismo bien jurídico protegido.

Desde el principio de proporcionalidad, señala que si bien la norma impugnada es idónea para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como asegurar el fin preventivo general de las sanciones para determinados delitos como la propiedad, ello no ocurre con el resto de los subprincipios, como el de necesidad. La desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando la falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos garantizados por la Constitución, lo que en ámbito penal puede analizarse desde el delito o la pena.

La norma impugnada es desproporcionada por innecesaria, dado que el ordenamiento vigente contempla otro mecanismo de determinación de pena igualmente eficaz para alcanzar sus fines y con menor gravosidad: esto es, la aplicación de los artículos 65 a 69 del Código Penal, que resultan suficientes para cautelar

las finalidades preventivas generales y especiales e incluso retributivas de las penas, lo que queda de manifiesto en el análisis de graves ilícitos que posibilitan rebajadas bajo el marco abstracto, como la violación con homicidio, lo que no ocurre con el robo con intimidación.

Luego, analizando la proporcionalidad en sentido estricto, indica que si bien la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna es fruto de un análisis político-criminal y técnico que sólo al legislador corresponde, lo que éste no puede hacer en ese juicio de oportunidad es traspasar los límites constitucionales. Uno de los criterios que permiten efectuar dicho contraste es el bien jurídico protegido.

Las penas más graves han de reservarse para aquellos tipos a través de los cuales se pretende proteger los bienes jurídicos más importantes.

La infracción al principio de proporcionalidad resulta patente con la norma cuestionada, pues delitos que protegen bienes jurídicos de mucha mayor relevancia que la propiedad, tienen asignado un sistema de determinación de pena mucho más flexible como ocurre por ejemplo con el parricidio, homicidio calificado, violación con homicidio, entre otros, cuestión advertida por la Corte Suprema en la tramitación del proyecto de ley que introdujo la modificación legislativa en comento.

Además de lo expuesto, la norma resulta desproporcionada por cuanto afecta el margen de arbitrio judicial

en la individualización judicial de la pena. Para que la decisión punitiva del legislador sea respetuosa con el principio de proporcionalidad, el marco penal señalado para un delito tiene que ser proporcional a la gravedad de la conducta que se incrimina en abstracto. Pero, además, ese marco penal debe dejar margen al juez para adecuar la gravedad de la pena al caso concreto, sin obligarle a imponer penas desproporcionadas en relación con el caso y las circunstancias personales del imputado. Del margen que tenga el juez en la fase de individualización judicial de la pena dependerá que resulte una pena respetuosa con el principio de proporcionalidad.

Por lo tanto, un precepto legal como el impugnado, que proscribe los efectos naturales de la concurrencia de una o más atenuantes no constituye una regulación razonable, pues, so pretexto de impedir la imposición de una pena menor a la señalada por la ley al delito, se pierde el objetivo de incentivar al infractor de la ley penal a la realización de un comportamiento ex post favorable a los intereses de la persecución penal o transforma en algo irrelevante que su conducta anterior haya sido conforme a derecho.

El juez de fondo de la gestión pendiente verá severamente limitada su capacidad de actuar con justicia según las exigencias constitucionales del justo y racional proceso, ya que no podrá considerar en toda su amplitud las características del caso y del sujeto penalmente responsable.

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala, con fecha 24 de octubre de 2017, a fojas 58, disponiéndose la suspensión del procedimiento. A su turno, en resolución de fecha 14 de noviembre de 20171 se declaró admisible.

Conferidos los traslados sobre el fondo a los órganos constitucionales interesados, así como a las demás partes de la gestión pendiente, fue formulada la observación que a continuación se enuncia.

Presentación del Ministerio Público

Sin perjuicio de lo resuelto previamente por esta Magistratura en sentencia de 15 de noviembre de 2017, en que desechó un requerimiento al similar al de autos, alegándose idénticas contravenciones constitucionales, la denuncia por una pretendida infracción al principio de igualdad alegado por la requirente, se traza en torno a los delitos de los artículos 457 y 474 del Código Penal.

Expone que ello no alcanza para establecer la existencia de una diferencia de trato contraria a la Constitución, desde que el primero de los mencionados ilícitos se sanciona con penas de multas y el segundo con pena de presidio que va desde el grado máximo del presidio mayor al presidio perpetuo. El delito de violación con homicidio, por su parte, tiene asignada una pena que va desde el presidio perpetuo al presidio perpetuo calificado. Lo

anterior en contraste con un ilícito, por el que se acusa al requirente de inaplicabilidad, que tiene una pena de presidio mayor en grado mínimo a máximo.

Lo expuesto no permite vislumbrar un conjunto de iguales sobre los que se pueda racionalmente llevar a cabo una comparación como la que aquí se pretende.

Por el contrario, el artículo 449 del Código Penal abarca los delitos comprendidos en los párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis del Título IX del Código Penal -con ciertas excepciones-, sobre crímenes y simples delitos contra la propiedad, delatando una extensión que abarca un conjunto importante de ilícitos de aquella naturaleza. La regla cuestionada ha sido igualmente recogida para delitos de la Ley de Tránsito y en el artículo 17 B de la Ley N° 17.798, para un conjunto de lícitos consagrados en ese cuerpo de normas, teniendo en consideración diversas sentencias de esta Magistratura en que se ha desechado la impugnación al anotado artículo 17 B de la Ley N° 17.798.

En cuanto a sus objetivos, la reforma legal por la que se introdujo el artículo 449 al Código Penal, buscó acercar la determinación concreta de la pena a la establecida por el legislador, entre otros propósitos declarados durante la tramitación legislativa, lo que excluye la presencia de fines o medios constitucionalmente reprobables; cuestión distinta es que la parte requirente no comparta esas razones.

Así, no se logra en este caso descubrir una supuesta infracción del principio de igualdad, desde que no se justifica de manera alguna que la regla consagre una discriminación que pueda considerarse arbitraria.

Unido a lo expuesto y sin perjuicio de lo ya resuelto por esta Magistratura, recalca que el artículo 449 del Código Penal no establece la pena para el delito de robo con intimidación o violencia, sino una regla de determinación de penas que excluye la aplicación de los artículos 65 a 69 del Código Penal, buscando que la sanción concreta se fije dentro de los tres grados señalados por la ley para el delito.

En el marco de un examen de proporcionalidad, el hecho se afirme que la regla más bien restringe el marco penal y no la individualización de la pena, o bien, que la regla toca un aspecto acotado proceso de determinación sanción, ambas concreta de la también predicables cuestiones respecto del artículo 449 del Código Penal, excluyen la crítica por una supuesta infracción del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Finalmente, en lo tocante a la limitación de las facultades judiciales, cabe recordar que en el examen preventivo de constitucionalidad, Rol N° 3081-2016, se afirmó por mayoría que el artículo 449 es materia de ley simple y que si bien modifica las reglas que rigen la aplicación de la pena, lo hace sin alterar la determinación del tribunal competente, ni sus atribuciones para aplicar el castigo, todo lo cual

resulta pertinente en razón de las diversas alusiones que se hacen en el requerimiento sobre el particular.

La determinación de delitos y penas es una labor que la Carta Fundamental pone en la ley, cuyo ejercicio está sujeto a diversas limitaciones que la misma Constitución consagra, de suerte que son los organismos legisladores los encargados de establecer la pena asociada a cada ilícito, lo que es, además, Una garantía consagrada en el artículo 19 N°3 constitucional.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 28 de junio de 2018 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos, por la parte requirente, del abogado don Luis Sanhueza Estay y, por el Ministerio Público, del abogado don Hernán Ferrera Leiva, adoptándose acuerdo con fecha 5 de julio del mismo año, conforme fue certificado por el relator de la causa.

Y CONSIDERANDO:

I. EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD

PRIMERO: Que, la acción de inaplicabilidad deducida en estos autos constitucionales impugna el artículo 449, N°1, del Código Penal, que determina la aplicación de penas en los delitos contra la propiedad con exclusión de las reglas establecidas en los artículos 65 a 69 del citado cuerpo legal, que a su vez consagra, para esta clase de delitos, un nuevo criterio en la aplicación de penas.

Esgrime el requirente que la disposición legal censurada establece una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación criminal similar, desigualdad que se presentaría con un efecto discriminador en perjuicio de el mismo, situación que la norma jurídica provoca sin que existan fundamentos razonables y objetivos infringiéndose, según su parecer, los principios de igualdad y proporcionalidad;

SEGUNDO: Que, el requerimiento manifiesta que existiría una infracción al artículo 19 numerales 2° y 3° de la Constitución dado que se estaría ante una diferencia arbitraria, viéndose además transgredidos los principios de justicia inherentes a la persona y al estado de derecho;

II. EL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO

TERCERO: Que, el legislador procedió a dictar un conjunto de disposiciones legales de naturaleza penal que denominó "Agenda Corta Antidelincuencia" en el año 2016, que a través de la Ley N°20.931 "Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal de dichos delitos", incorporando al Código Penal, un nuevo texto respecto de los artículos 449 y 449 bis.

El artículo 449 del Código Penal, en la parte objetada establece:

"Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículo 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan: 1ª Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia.";

CUARTO: Que, la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N°20.931, consigna que ella tiene dos propósitos. Uno es modificar el sistema de determinación de penas para los delitos contra la propiedad a fin de que sus partícipes sean condenados con las penas establecidas en el tipo penal respectivo, y el otro objetivo es sancionar a los delincuentes reincidentes en esta clase de delitos con penas más elevadas, de tal forma que se dificulte el acceso a las penas sustitutivas de libertad, conforme lo dispone la Ley N°18.216;

QUINTO: Que, tal como se expresa en sentencia de este Tribunal Constitucional, de fecha 14 de noviembre de 2017 en causa rol N°3399-17 cabe advertir que "esta Magistratura no puede estar ajena a la aspiración general de la colectividad, que recoge el legislador, en cuanto endurecer la respuesta punitiva del Estado en relación con delitos de que son

víctimas frecuentes los integrantes de la comunidad nacional, relativos a afectar a las personas y a la propiedad de ellas, lo que dio lugar a la dictación de la Ley N°20.931" (STC 3399-17, c. 5°);

SEXTO: Que, a fin de castigar con mayor severidad la comisión de delitos contra la propiedad como lo constituyen el robo con violencia o intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas, el legislador penal ha utilizado distintas metodologías para aumentar las penas en estas figuras delictivas con propósitos disuasivos en beneficio de la seguridad de toda la comunidad;

SÉPTIMO: Que, el artículo 1° constitucional impone al Estado la obligación de dar protección a la población, deber que incluye al legislador penal, en consideración a que por la vía de modificar reglas en materia penal, como es el caso de la disposición legal censurada, puede colaborar con la disminución de los delitos contra propiedad. Precisamente, mensaje del Proyecto de Ley que la contiene señala que "El aumento de la actividad criminal y de la sensación de inseguridad por parte de la ciudadanía, medido a través de encuestas de victimización y tasas de denuncia, hacen necesario combatir los delitos de mayor connotación social, sin alterar las bases de nuestro sistema procesal penal acusatorio, recogiendo los avances investigación empírica en la materia y las propuestas de mejoramiento para afrontar dicho fenómeno, recabados desde la instalación de la Reforma Procesal Penal por las diferentes comisiones de expertos, instituciones y académicos que han evaluado su funcionamiento.". (Mensaje N°1167-362, de 23 de enero de 2015);

III. EL CASO CONCRETO Y EL SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE PENAS

OCTAVO: Que, en el caso concreto, el requirente es acusado por el Ministerio Público por el delito de robo con intimidación, figura penal contemplada en el artículo 436 del Código Penal, por la acción perpetrada el día 24 de febrero de 2017 en la ciudad de Valparaíso, en que intimida con un arma a dos sujetos, quienes tuvieron que entregarle parte de sus pertenencias, reconociéndole el órgano persecutor la circunstancia modificatoria de responsabilidad del artículo N°6 del mismo código, esto es, la irreprochable conducta anterior.

En la referida acusación, el Ministerio Público solicita se condene al requirente, en su calidad de autor de robo con intimidación, a una pena de 7 años de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales;

NOVENO: Que, ante esta Magistratura -en un requerimiento anterior- se hicieron valer alegaciones similares a las formuladas en estos autos constitucionales, las que fueron desestimadas, por consiguiente, al no variar las circunstancias ni

argumentaciones, se mantendrá la doctrina de la sentencia recaída en la causa Rol N°3399-17;

DÉCIMO: Que, sin perjuicio de lo anterior, es dable considerar que los artículos 65 a 69 del Código Penal contienen reglas para la determinación de las penas, conforme a las cuales el órgano jurisdiccional pertinente considerará las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la aplicación de las mismas, atendido que se trata de penas indivisibles, o de un grado o de dos o más grados, si en la especie concurrieran una atenuante muy calificada y una regla que permita al tribunal determinar, dentro de los límites de cada grado, la cuantía de la pena considerando al número y entidad de las circunstancias modificatorias y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito;

DECIMOPRIMERO: Oue, las mencionadas precedentemente fueron sustituidas por la Ley N°20.931, entre otras, por la establecida en el numeral 1°, del artículo 449 del Código Punitivo, es así que "no debe perderse de vista que el artículo 449 es un régimen especial y excepcional de determinación de pena, lo cual quedó de manifiesto durante toda la tramitación legislativa. La regla general del sistema de determinación de penas en Chile sigue siendo el contemplado en los artículos 50 a 77 del Código Penal." (Centro de Documentación Defensoría Penal Pública N° 11, octubre 2017 p.24);

DECIMOSEGUNDO: Que, el artículo 449 impugnado modifica el sistema de determinación de la pena respecto de los delitos de propiedad tales como: robo con intimidación o violación; robo con castración, mutilación de miembro importante, mutilación de miembro menos importante, lesiones graves gravísimas; robo con lesiones graves o retención de personas bajo rescate por lapso mayor al necesario para la comisión del delito; piratería; robo con violencia o intimidación simple; robo con fuerza en lugar habitado; robo en lugar no habitado y robo en bienes nacionales, entre otros. Quedando expresamente excluidos el hurto de hallazgo, la apropiación de pelos o plumas y la receptación;

DECIMOTERCERO: Que, por consiguiente, la disposición legal censurada consagra una nueva regla para los delitos contra la propiedad, entre los cuales se encuentra el robo con violencia o intimidación de las personas. Dicha regla endurece el tratamiento punitivo de estos delitos, al buscar evitar los efectos que mitigando la multiplicidad de atenuantes, señala que el tribunal determinará la cuantía de la pena dentro del límite de grado o grados señalados por la ley como pena del delito, considerando el número y entidad de las circunstancias modificatorias concurrentes, como la mayor o menor extensión del mal causado, lo que deberá ser fundamentado en la sentencia, impidiéndole al tribunal las rebajas en grados que la concurrencia de dichas circunstancias autoriza.

De tal manera que, el delito de que trata el caso concreto tiene una pena, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 436 del Código Penal, de presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, esto es, de 5 años y 1 día a 20 años, y en esos márgenes el tribunal podrá aplicar ese mínimo o máximo de la pena al delincuente, atendiendo las circunstancias modificatorias de responsabilidad y el daño que el ilícito penal ha causado a la víctima o a las víctimas, regla similar a la dispuesta en el artículo 69 del Código Punitivo;

DECIMOCUARTO: Que, la sentencia rol N°3399-17 expresa que para evitar juicios de generalidad excesiva que puedan dar lugar a exageraciones, es útil relativizar el supuesto efecto de un mayor endurecimiento punitivo de la modificación bajo análisis.

Sobre ello, resulta importante destacar lo siguiente: a) desde la perspectiva de la extensión o grado de amplitud de los aspectos modificados por la nueva regla, la diferencia entre la regla impugnada y la general de común aplicación es de una magnitud menor; b) la nueva regla puede dar lugar a penas privativas de libertad más perjudiciales (debido a un efecto más limitado de las atenuantes), pero, también, a sanciones más beneficiosas (ya que limita -aunque en menor medida) el eventual efecto perjudicial de las agravantes); y c) el precepto impugnado amplía la libertad del juez para poder ponderar o "compensar" las circunstancias atenuantes y/o agravantes que, eventualmente, concurran. Así, de esta manera, se maximiza la potencialidad de ajustar con un mayor nivel de precisión la pena justa para el caso concreto;

DECIMOQUINTO: Que, debe tenerse presente que la regla cuestionada se enmarca sólo en la fase de individualización judicial de la pena y, respecto de ella, sólo en un aspecto acotado de este proceso de determinación concreta de la pena a cada caso en particular. Hay que recordar que la pena final impuesta por el tribunal ha de ser cumplida por el sujeto condenado, teniendo su origen en un proceso de tres fases que comienza con la fijación por el legislador de la pena abstracta y que sigue con la etapa de individualización judicial del quantum sancionatorio específico merecido por el infractor, para concluir con la determinación de la pena final a ser cumplida por el autor y demás partícipes.

Obviamente, podría ser clara y evidente la existencia de un aumento de la severidad punitiva si directamente se elevara el límite inferior o "piso" y superior o "techo" del rango de penalidad atribuido por ley al tipo delictivo. Sin embargo, esto no ocurre en el caso del precepto impugnado, el cual opera en una fase con una menor incidencia relativa en términos de rigurosidad punitiva, añadido que la Ley N°20.931 derogó el numeral 3° del artículo 456 bis del Código Penal, en cuanto se consideraba circunstancia agravante en los delitos de robo y hurto, ser dos o más los malhechores;

IV. ACERCA DE LA DENUNCIA DE INFRACCIONES CONSTITUCIONALES POR DIFERENCIA DE TRATO

DECIMOSEXTO: Que, el requerimiento de estos autos constitucionales funda la acción de inaplicabilidad en que la aplicación de la norma jurídica censurada vulneraría el principio de igualdad de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, según se expresa en el libelo que lo contiene, diferencia que carecería de fundamentos razonables y objetivos;

DECIMOSEPTIMO: Que esta Magistratura ha tenido la oportunidad de precisar, en reiteradas sentencias, que una discriminación arbitraria es aquella que carece de razonabilidad en términos de introducir una diferencia de trato entre quienes se encuentran en la misma situación, sin que ello obedezca a parámetros objetivos y ajustados a la razón. Concretamente, y siguiendo a la doctrina en la materia, ha indicado que "la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición". Así, Illa razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad". (STC Roles N°s 28, 53, 219, 784 entre otras);

DECIMOOCTAVO: Que, como señala la dogmática jurídica penal "Si se parte de que el Derecho penal debe garantizar una libre y segura convivencia en la sociedad (algo que nadie puede seriamente), entonces, las teorías de la pena determinan las vías por las cuales puede alcanzarse este objetivo: influyendo en los propios delincuentes (prevención especial) o en todos los miembros de la sociedad (prevención general), o mejor, a través de ambas al mismo tiempo. De esto resulta una teoría penal de la prevención que pone en relación la magnitud en la cual puedan perseguirse ambas posibilidades de influjo (muy diferentes por sus resultados), de una manera que, según los parámetros del Estado social de Derecho, sea útil o al menos aceptable, por igual, para la sociedad, la eventual víctima y el autor." (La Teoría del Delito en la Discusión Actual, Claus Roxin, Ed. Jurídica Grijley, año 2007, p. 43);

DECIMONOVENO: Que, la idea de trato desigual, como expresa Díez-Picazo, exige no sólo ello sino que además tal trato sea arbitrario, no tenga un fundamento razonable. La norma jurídica objetada responde a un criterio prudente hilvanado con una reacción lógica y plausible del Estado en cumplimiento de una obligación constitucional de cuidar los bienes jurídicos reconocidos a

toda persona, entre los cuales se encuentran la integridad física y síquica de todas ellas, y su derecho de propiedad;

VIGÉSIMO: Que, conforme a lo anterior, la igualdad de trato implica que la regla contenida en la disposición legal impugnada deberá ser aplicada por igual a todas aquellas personas que se consideren, por el respectivo, responsables algunos de aquellos delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis del Título IX del Libro II del Código Criminal, y por consiguiente, se debe entender que existe una igualdad de trato en la aplicación de la ley que contiene la regla de la determinación de la pena en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas;

V. SOBRE LA SUPUESTA INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA TAXATIVIDAD

VIGESIMOPRIMERO: Que, en cuanto a la afirmación de la parte requirente en el sentido que el artículo 449, numeral 1° del Código Penal infringiría el principio de proporcionalidad, particularmente los sub principios de necesidad proporcionalidad en sentido estricto, cabe destacar, tal como lo hizo la sentencia rol N°3399-17, que desde una perspectiva distinta a la del piso o techo del quantum de la pena privativa de libertad que podría resultar de la aplicación de la nueva regla, debe destacarse que

el nivel de libertad del tribunal para ponderar las distintas circunstancias atenuantes y agravantes es mayor que con el sistema antiguo. En este sentido, la posibilidad para afinar o ajustar con precisión la pena justa al caso particular se incrementa.

De hecho, la fórmula utilizada replica la norma más importante que bajo el régimen común tiene el tribunal para ajustar con un mayor grado de flexibilidad y, por ende, de precisión, la pena justa al caso concreto. La regla de compensación racional de atenuantes y agravantes, como también se la conoce, dispone que el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

VIGESIMOSEGUNDO: Que, en lo referido al principio de proporcionalidad, no se observa una infracción al mismo, como lo expresa el requirente, puesto que, existe una racional necesidad en la norma legal impugnada, que es idóneamente atendible al fundamento que tuvo el legislador para dictarla y desde la proporcionalidad en sentido estricto existe entre la gravedad del delito y la regla de determinación de pena, una debida correspondencia, lo que hace que la disposición legal impugnada, en lo que respecta al caso concreto, esté conforme a los requerimientos de constitucionalidad. Por consiguiente, "la finalidad de la norma, se enmarca en el seno de unos límites reguladores que actúan a la vez como frontera de una adecuada regulación y como

principios-guía de la norma en su camino hacia los fines perseguidos" (Fernández Nieto, Josefa, Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales, Servicio de Publicaciones, Universidad Rey Juan Carlos, año 2008, p. 641);

VIGESIMOTERCERO: Que, el requerimiento no objeta el mandato de taxatividad del legislador en cuanto pudiera afectar principios constitucionales en un proceso criminal. En este sentido, el principio de legalidad consistente en comprender que se está ante un problema de delimitación de las competencias de los poderes constituidos y en este aspecto, resulta central la idea de la proporción del castigo expresado en la norma jurídica constituyendo el principio de culpabilidad un derecho fundamental expresado como límite al Jus Puniendi del Estado, concepto que el legislador, desde la perspectiva constitucional, se ajusta cabalmente en relación a la hipótesis penal impugnada;

VIGESIMOCUARTO: Que, el artículo 449 del Código Penal, en la parte objetada, constituye un régimen especial de determinación de pena, imponiendo al juez del fondo graduar dicha sanción, dentro de los límites que la disposición legal refiere, otorgándole la libertad necesaria no sólo respecto a las modificatorias circunstancias responsabilidad que concurran, sino que en la valoración del mal causado con la perpetración del delito a la víctima, lo cual debe fundamentarlo, aseveración imperativa que responde a la lógica del debido proceso, que

garantiza a toda persona enjuiciada la propia Carta Fundamental;

vigesimoquinto: Que, en mérito de las consideraciones expuestas precedentemente, este Tribunal concluye que la aplicación de la disposición legal impugnada en el caso concreto, se ajusta plenamente a los principios y disposiciones contenidos en la Constitución;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos de la Constitución Política precedentemente citados, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDU-CIDO A FOJAS 1.

II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFICIÉSE A TAL EFECTO.

III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR ESTI-MARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Iván Aróstica Maldonado (Presidente) y José Ignacio Vásquez Márquez, quienes estuvieron por acoger el requerimiento deducido contra el artículo 449, inciso primero y N°1, del Código Penal, agregado por la Ley N°20.931, merced a las siguientes consideraciones:

1°) Que, para "Facilita(r) la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación", la Ley N°20.931 agregó un nuevo artículo 449 al Código Penal. Conforme a su tenor, en los delitos que señala, "no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69" (inciso primero), agregando a continuación que, en su lugar, regirá la escala más restringida dentro del cual "el tribunal determinará la cuantía de la pena" (N°1).

Según el Mensaje que dio lugar a esta ley, su fundamento se hizo consistir en "que esta categoría de delitos debe ser intervenida con medidas que procuren impedir la ejecución de nuevos ilícitos mediante la captura, aplicación efectiva de las penas y la consiguiente permanencia de quienes los cometen, sujetos a penas privativas de libertad".

Ello, sin que se encuentre en la historia de su tramitación parlamentaria antecedente alguno que dé cuenta de una relación lógico causal, o al menos de alguna correlación, entre la aplicación judicial de los artículos 65 a 69 del Código Penal y el incremento de los delitos que ahora se busca disminuir;

2°) Que, el Legislador siempre está compelido a entregar razones, especialmente cuando priva a un justi-

ciable de alguna garantía judicial, basada en consuetudinarios principios sobre igualdad proporcional.

Son dichas razones, claras y distintas, las que no aparecen en la Ley N°20.931, modificatoria del Código Penal. No siendo pertinente apelar al "aumento de la actividad criminal" ni "la sensación de inseguridad por parte de la ciudadanía", puesto que -como se ha dicho antes- dichas circunstancias, si bien pudieran justificar un aumento de las penas por los delitos de que se trata, no se pueden derivar del ejercicio de la potestad jurisdiccional de que ahora se priva a los tribunales y a los afectados.

Y es esta carencia de fundamentación jurídica -que el Legislador tampoco ha tenido a bien proporcionar en estos autos- lo que torna a esta norma contraria al ordenamiento constitucional;

3°) Que, informando el proyecto de la que sería Ley N°20.931, la Corte Suprema expresó -en primer lugarque "resulta cuestionable, desde un punto de vista sistemático que, existiendo una Comisión de Especialistas, designada para redactar un proyecto de nuevo Código y que se halla en plena labor, se utilice el sistema de leyes sectoriales reformar anticipadamente ciertos capítulos de este cuerpo legal, materia que, por razones de armonía y coherencia de las bases ideológicas de una reforma integral" debería ser estudiada con ocasión de este perfeccionamiento al Código Penal.

Luego de un detenido análisis, la Corte Suprema adujo que la interdicción judicial para aplicar los artículos 65 al 69 del Código Penal resulta cuestionable, porque "contraría el principio básico de igualdad ante la ley". Agregando -en segundo lugar- que "la propuesta implica un cercenamiento de las atribuciones concedidas a los jueces penales por los artículos 65 y siguientes del estatuto punitivo, sobre todo, en cuanto permiten graduar la magnitud de sanción aplicable". Concluyó diciendo en dicha oportunidad que "la exclusión de los artículos 65 a 69 del Código Penal a los delitos mencionados -todos contra la propiedadintroduce un impedimento serio al ejercicio de una función autónoma del juez penal y pone en entredicho la cúspide de su actividad resolutoria, cual es la individualización judicial de la pena" (Oficio N°23-2015, de 5 de marzo de 2015);

4°) Que, en efecto, con anterioridad a la Ley N°20.931, eran los tribunales del Poder Judicial quienes -conociendo los antecedentes de cada causa- impartían justicia dando lo suyo a cada cual, en cada uno de los casos concretos y con un criterio de igualdad proporcional: decidiendo la cuantía de la pena según las circunstancias atenuantes o agravantes que concurriesen y la mayor o menor extensión del mal causado por el delito, hasta poder recorrer y pasar por todos los límites de grados señalados en la ley penal.

Según se puede ver, entonces, en la especie el Legislador sustituyó en esa ponderación a los jueces. De modo que, de un régimen judiciario basado en la adjudicación individual de la pena, conforme al mérito del proceso respectivo, se pasó a un régimen legal de máxima penalización genérica, con prescindencia de todos los antecedentes a su favor que pudiere presentar cada condenado en especial;

5° Que, por ende, las indicadas normas del artículo 449 del Código Penal restringen o limitan indebidamente el ejercicio de la potestad para juzgar, que asiste exclusivamente a los tribunales del Poder Judicial, por radicación del artículo 76 de la Constitución.

Es decir, en este caso el Legislador no aparece solo regulando aspectos relativos a la competencia legal de los tribunales, sino que coartando la jurisdicción constitucional que les es propia, por esencia. Sin que la ley tenga facultades para injerir en este último asunto;

6°) Que, además, el cuestionado artículo 449 lesiona la igualdad ante la ley penal, al confundir el Legislador el alcance de las atribuciones que le confiere la Constitución, por una parte en el artículo 19, N°3, inciso 8°, y por otra parte en el artículo 63, N°3.

En efecto, mientras el artículo 19, N°3, inciso 8°, prescribe que solo la ley "podrá establecer penas" respecto de alguna "conducta expresamente descrita en ella", de otro lado el artículo 63 de la Constitución dispone que sólo son materias de ley "3) Las que son objeto de

codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra".

Esto es, el Constituyente plasmó aquí la misma separación materias hecha en el Mensaje que preside al Código Penal de 1874: "se ha creído conveniente, siguiendo el ejemplo de todos los códigos modernos, establecer primero los principios generales que constituyen del sistema analizando en seguida los diversos actos particulares sometidos a la acción de la ley. De esta manera se obtiene Una distribución más lógica y ordenada comenzando por lo que pudiera llamarse la teoría del Código Penal, para venir después a su aplicación práctica en las variadas clases de delito";

7°) Que, dado que los códigos suponen la absorción de una temática jurídica completa, bajo una concepción unitaria, congruente y sistemática, es en la parte general del Código Penal donde se contienen "los principios que dominan en la legislación vigente", regulándose así "la clasificación general de los delitos, de las penas y de los casos y circunstancias en que se agrava, se atenúa y desaparece o se extingue la responsabilidad penal" (Mensaje presidencial citado).

Por eso la Constitución trata separadamente -como materias de ley- las que son objeto de codificación penal (artículo 63, N°3), de aquellas más concretas y relativamente variables en que se establecen las distintas conductas típicas y sus penas (artículo 19, N°3, inciso octavo). Lo cual no obedece a un designio puramente academicista. Responde al razonable propósito de imbuirles a las materias que son propias de codificación un acotado potencial de cambio;

8°) Que, efectivamente, merecen una intangibilidad mayor aquellas normas que recogen principios generales sedimentados tras una detenida reflexión y que se han asumido como parte de una dilatada experiencia jurídica. Y que tradicionalmente se ha buscado poner al abrigo del carácter episódico de la política.

El prurito de intervenir estas reglas básicas ante determinados delitos de alto impacto mediático, envuelve el riesgo de politizar la materia o -cuando menos- de dar un tratamiento desigual a delitos sustancialmente iguales: todos los actos punibles, por pertenecer al género de los delitos, independientemente de sus diferencias específicas, deben sujetarse a los mismos principios generales. Ya que sustraer algunos delitos de aquellos postulados fundamentales inherentes al orden común penal, implica introducir a su respecto derogaciones parciales constitutivas de diferencias arbitrarias. La desigualdad se aprecia, además, en el concreto efecto de la impugnada regla, cual es que el Estado no considerará -a diferencia de la generalidad de los casos en que sí lo hace- que la conducta anterior del delincuente sea intachable, que se repare el mal causado, o que se colabore en el esclarecimiento de los hechos, dado que el asilo a estas circunstancias no aminorará la responsabilidad penal del infractor.

Al Estado, gerente del bien común general, no puede serle indiferente la buena conducta, o actitudes virtuosas de las personas que va a condenar.

PREVENCIÓN

El Ministro señor Gonzalo García Pino previene que concurre a la sentencia de autos, pero sin compartir sus considerandos 5° y 6°.

Redactó la sentencia el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar; la disidencia, el Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado; y la prevención, su autor.

Comuníquese, notifiquese, regístrese y archívese.

Rol N° 3972-17-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus Ministros señores Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Se certifica que el Ministro señor Nelson Pozo Silva concurre al acuerdo y fallo, pero no firma por encontrarse con permiso.

Autoriza la Secretaria (s) del Tribunal Constitucional, señora Mónica Sánchez Abarca.

UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

GASTOS RESERVADOS Y MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS: COMENTARIO A LA SENTENCIA DICTADA POR LA EXCMA. CORTE SUPREMA EN EL DENOMINADO CASO RIGGS

Alejandro Litman Silberman¹

I. Introducción

Tras casi 14 años de tramitación, el pasado 24 de agosto del año 2018 la Excma. Corte Suprema puso término al denominado Caso Riggs, relativo al origen ilícito del patrimonio de Augusto Pinochet Ugarte (en adelante, Pinochet) y su familia, que en primera instancia había sido resuelto por el Señor Ministro de Fuero, Manuel Antonio Valderrama, mediante sentencia de fecha 7 de mayo del 2015, y que luego había sido parcialmente revocada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 21 de junio del 2017. Finalmente, nuestro máximo tribunal determinó anular la sentencia de segunda instancia y dictar la consiguiente sentencia de reemplazo.

Las referidas sentencias contienen algunos aspectos de particular interés para la especialidad, toda vez que se refieren a la naturaleza y tratamiento de los gastos reservados, fondos públicos cuya existencia y destino han dado inicio a diversas investigaciones penales en el último tiempo, llevando al Ministerio Publico a adentrarse en el complejo mundo de la discrecionalidad en el uso de caudales públicos por parte de autoridades políticas y otros organismos estatales.

El presente artículo comenzará revisando el concepto y regulación de los gastos reservados, para luego examinar algunos aspectos de los referidos fallos, tales como la modalidad de malversación que mejor se ajusta a la naturaleza de éstos y el tipo de vinculación que debe tener el empleado con los caudales, tal como fueron analizados y valorados por la Excma. Corte Suprema y anteriormente por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago y el Señor Ministro de Fuero.

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

II. De los Gastos Reservados

Considerando el caso que origina la sentencia objeto de este artículo, no llama en absoluto la atención que uno de los primeros documentos legales que se refirió a los gastos reservados, el Decreto Ley N° 406², haya sido dictado durante la denominada República de Dávila que siguió al Golpe de Estado ocurrido en Chile en 1932. Dicho documento, si bien no entregó un concepto de qué debe entenderse por gastos reservados, sí dio luces acerca de su naturaleza al señalar que "...para fines de seguridad interior y mantenimiento del orden y tranquilidad públicos es indispensable la inversión de fondos cuya rendición de cuentas no puede quedar sujeta a las disposiciones generales que rigen la materia", para luego expresar que "se considerará como suficiente rendición de cuentas de la inversión de dichos fondos, los recibos globales que se presenten por el contador del Ministerio del Interior, visados por el Ministerio respectivo, o los que se presenten por el director de Investigaciones".

Varias décadas después, aunque nuevamente en época de un gobierno de facto, la Contraloría General de la República manifestó en el Dictamen N° 25.600 que los gastos reservados o secretos "...no escapan fundamentalmente a reglas que rigen en general a todos los gastos públicos, porque se trata de egresos previstos presupuestariamente y que deben efectuarse en fines de carácter público y no contrarios a la ley", precisando también que "...por no ser de público conocimiento su inversión, las respectivas cuentas se rinden en forma global y reservada, por medio de recibos globales, y de una certificación del subsecretario del interior en cuanto a que los respectivos fondos fueron bien y debidamente invertidos".

En cuanto al control sobre éstos, el referido dictamen señala que la Contraloría "...no está en condiciones de verificar exactamente el destino u objeto del gasto, en cuanto este no debe ser contrario a la ley", agregando a continuación que "corresponde privativamente a la autoridad administrativa calificar los fines de interés público en que deban invertirse los recursos analizados, dentro de objetivos lícitos, esto es, en finalidades propias de la administración del Estado que no hayan sido vedadas por la ley".

Finalmente, se precisa que no se exime de responsabilidad a quienes hayan dispuesto la aplicación de este tipo de recursos "...en fines que no correspondían a objetivos propios de la administración del Estado, o prohibidos por ley",

² Decreto Ley N° 406, promulgado el 11 de agosto de 1932 y publicado en el Boletín de Leyes y Decretos del Gobierno el 20 de agosto del mismo año.

³ Ídem

⁴ Dictamen N° 25.600 de 16 de abril de 1974, disponible en https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/025600N74/pdf

puesto que de establecerse que hubo una "inversión ilegítima", ésta puede "... ser perseguida por vía jurisdiccional, aun habiéndose otorgado por Contraloría el finiquito de sus respectivas cuentas, sin formulación de reparos".

En el año 2003, y a modo de respuesta a la serie de escándalos de corrupción ocurridos durante el gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar (como los denominados casos Sobresueldos, Coimas y MOP-Gate), la Ley N° 19.863⁵ vino a regular de mejor manera la administración de los gastos reservados, al restringir tanto los destinatarios de dicha clase de recursos como los usos a los que podían ser destinados, creando a la vez asignaciones específicas como suplemento de las rentas de autoridades y cargos críticos de la Administración Pública.

En su artículo segundo, la Ley N° 19.863 definió los gastos reservados y determinó las finalidades especificas a las que pueden ser destinados, indicando que son "...aquellos egresos que, por el ministerio de esta ley, se faculta realizar a las entidades mencionadas en el artículo siguiente, para el cumplimiento de sus tareas públicas relativas a la seguridad interna y externa y el orden público del país y a las funciones inherentes a la Jefatura de Estado, y que por su naturaleza requieran de reserva o secreto".

Luego, en el artículo tercero, se especifican cuáles son los ministerios y entidades que pueden contar con este tipo de recursos: Presidencia de la República, Ministerio del Interior, Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Fronteras y Límites del Estado, Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Guerra, Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, y Dirección de Seguridad Pública e Informaciones (hoy Agencia Nacional de Inteligencia, ANI).

El artículo sexto vuelve a referirse al destino que puede darse a los gastos reservados ("sólo podrán emplearse en los fines propios de las actividades respectivas"), excluyéndose expresamente los pagos a funcionarios públicos y el financiamiento de campañas políticas, de partidos políticos u organizaciones gremiales.

Respecto de la rendición de los gastos reservados, el artículo cuarto dispone que de ellos "...se rendirá cuenta anual, en forma genérica y secreta, a la Contraloría General de la República, directamente a través del Contralor General, considerando una desagregación por rubros que permita ilustrar a éste sobre el contenido fundamental de dichos gastos".

⁵ Ley N° 19.863, Ministerio de Hacienda, sobre Remuneraciones de Autoridades de Gobierno y Cargos Críticos de la Administración Publica y da normas sobre Gastos Reservados, promulgada el 30 de enero de 2003 y publicada en el Diario Oficial el 6 de febrero del mismo año.

A poco de haberse dictado la Ley N° 19.863, la Contraloría General de la República emitió dos dictámenes que resulta de interés examinar.

i) El **Dictamen N° 11.9396, del 27 de marzo de 2003,** se refiere a la naturaleza jurídica de los denominados "gastos reservados" en la Administración Pública, su forma de distribuirlos entre las distintas reparticiones del Estado y su control. Reitera que en lo fundamental a éstos les rigen las reglas generales aplicables a todos los egresos públicos, por lo que deben ser considerados en el presupuesto vigente y su desembolso debe efectuarse con una finalidad que no sea contraria a la ley. Al ser fondos cuya utilización se realiza en forma secreta, se rinden a través de un sistema especial ante la Contraloría, mediante la entrega de recibos globales y un certificado de debida inversión por parte del funcionario competente.

Considerando que la Contraloría no puede verificar con exactitud el destino u objeto del gasto, debiendo estarse al certificado de buena inversión presentado, la jurisprudencia administrativa ha dicho que se trata de gastos en cuyo empleo se cuenta con mayor discrecionalidad, destacando a la vez que esas limitaciones al control de la Contraloría en modo alguno implica eximir de responsabilidad a quienes hayan destinado la utilización de gastos reservados a fines que no correspondían a objetivos propios de la Administración del Estado, o bien que estuvieran prohibidos por la ley (inversiones ilegítimas), pues en estos casos las respectivas responsabilidades pueden perseguirse por vía jurisdiccional.

Al finalizar, el dictamen enuncia brevemente las nuevas normas sobre gastos reservados establecidos por la Ley N° 19.863.

ii) A través del **Dictamen N° 17.485⁷, del 30 de abril de 2003,** la Contraloría General de la República impartió instrucciones para la aplicación de las normas contenidas en el Título II de la Ley N° 19.863 ("Transparencia Presupuestaria"), refiriéndose específicamente al concepto de gastos reservados, a las entidades autorizadas para efectuarlos, a sus restricciones y prohibiciones, y al control de los mismos, precisando que este cuerpo legal vino a sustituir, en lo referido a gastos reservados, al Decreto Ley N° 406, de 1932.

Respecto del concepto de gastos reservados, el dictamen reproduce el artículo segundo de la ley y lo relaciona con el artículo 24 de la Constitución Política, el cual establece que "...el gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado", manifestando a continuación los parámetros que deben observar los fondos para gastos reser-

⁶ Disponible en https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/011939N03/html

⁷ Disponible en https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/017485N03/html

vados: Que sólo pueden invertirse para satisfacer desembolsos relacionados con las funciones que desarrollan los órganos y servicios públicos autorizados para efectuar tales gastos reservados, en los aspectos que expresamente señala la ley, y dentro de las competencias orgánicas que les asigna el ordenamiento jurídico.

En cuanto a las entidades que pueden efectuar gastos reservados, se advierte que sólo están autorizados para ello los ministerios y entidades mencionadas expresamente en el artículo tercero de la ley, idea que se ve reafirmada por la imposibilidad de fijar otros gastos reservados conforme lo dispone el artículo quinto.

Sobre las restricciones y prohibiciones, el dictamen precisa que la noción de pagos a funcionarios públicos debe entenderse en sentido amplio, comprendiendo a todo tipo de "...remuneración, retribución u honorario que pueda percibir un servidor al margen de la remuneración que de acuerdo con la ley le corresponda".

El último aspecto del dictamen a destacar es el referido al control de los gastos reservados, para lo cual el artículo cuarto establece un procedimiento especial de rendición de cuentas, de carácter anual, que se debe realizar directamente a través del Contralor General, en forma genérica y secreta, con una desagregación por rubros que permita ilustrar el contenido fundamental de dichos gastos reservados.

En concepto del Organismo Contralor, cuando la ley habla de "desagregación por rubros" y "contenido fundamental", lo que está exigiendo es que la rendición de cuentas respectiva se efectúe a un nivel que proporcione la información principal del destino de los desembolsos y ello, considerando las normas sobre clasificaciones presupuestarias del Sector Público, se cumple cuando la información se entrega a nivel de ítem.

III. Breve revisión de las sentencias dictadas por el señor Ministro de Fuero y por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago

Acogiendo el recurso de casación en la forma que había sido deducido por el Consejo de Defensa del Estado en contra de la sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, al haber incurrido ésta en el vicio contemplado en el artículo 541 numeral noveno en relación a lo dispuesto en el artículo 500 números cuatro y cinco, ambos del Código de Procedimiento Penal, la Excma. Corte Suprema determinó, con fecha 24 de agosto del año en curso, anular la sentencia de segunda instancia y reemplazarla por la que dictó a continuación⁸, a la que nos referiremos en los siguientes pasajes.

⁸ Excma. Corte Suprema, N° Ingreso 38.490-2017, de fecha 24 de agosto de 2018.

Previamente, sin embargo, resulta necesario detenerse en algunos aspectos contenidos tanto en la sentencia de primera instancia dictada en mayo de 2015 por el Señor Ministro de Fuero, Manuel Antonio Valderrama⁹, como en la de segunda instancia dictada en junio de 2017 por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago¹⁰.

1) Sentencia Rol N° 1.649-2004, dictada por el Señor Ministro de Fuero, Manuel Valderrama Rebolledo, con fecha 7 de mayo de 2015

En primera instancia el Señor Ministro de Fuero resolvió condenar a seis ex oficiales del Ejército de Chile (un General de Ejército, dos Generales de División y tres Coroneles, todos en retiro), como autores del delito de malversación de caudales públicos, a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo y multa de once unidades tributarias mensuales, más la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos por el tiempo de la condena, concediéndoles a todo ellos el beneficio alternativo de la libertad vigilada, por el lapso de cinco años.

Asimismo, se decretó el comiso de todos los bienes embargados, por constituir efectos del delito de malversación de caudales públicos que se tuvo por acreditado. Tales bienes, en términos genéricos, consistieron en 24 inmuebles, 3 vehículos y 7 instrumentos bancarios, siendo el monto total malversado por los acusados en favor de Augusto Pinochet Ugarte ascendente a US\$ 6.466.406,68.-

Los hechos que se tuvieron por establecidos se encuentran contenidos en el considerando tercero de la sentencia de primera instancia (numerales 1 al 52). Sin perjuicio de resaltar la importancia de conocerlos en su totalidad en pos de un adecuado entendimiento del caso, por motivos de espacio, a continuación sólo se mencionarán, de manera resumida, aquellos que se consideran de mayor utilidad para el objeto de este artículo.

- Que es un hecho público y notorio que Pinochet desempeñó diversos cargos públicos, respecto de los cuales tenía la naturaleza o calidad de funcionario público.
- Que en razón de todos los referidos cargos, salvo el de Senador Vitalicio, se le asignaron "gastos reservados" en el ítem respectivo del presupuesto nacional, cuyo destino o inversión no estaba sujeta a control, quedando justificados con un mero certificado de "Buena Inversión",

⁹ Señor Ministro de Fuero, Manuel Valderrama Rebolledo, causa Rol Nº 1.649-2004, de fecha 7 de mayo de 2015.

¹⁰ Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, Ingreso N° 999-2015, de fecha 21 de junio de 2017.

- mediante el cual quien disponía de ellos manifestaba que los había bien invertido, cualquiera hubiese sido su destino.
- Que en su calidad de Presidente de la República y Comandante en Jefe del Ejército, Pinochet contaba con funcionarios de su confianza, quienes también detentaban cargos de importancia, como Jefes de la Casa Militar, Edecanes y Secretarios Privados.
- Que los dineros provenientes de la Casa Militar se debían ocupar en gastos reservados de la Presidencia de la República.
- Que los Secretarios Privados de Pinochet contaban con una cuenta que estaba sólo destinada a gastos personales de éste.
- Que entre noviembre de 1981 y febrero de 1997 los condenados en esta causa, así como otros oficiales y funcionarios del Ejército aperturaron al menos doce cuentas corrientes en el Banco Riggs de Miami, Washington y Londres, con dineros correspondientes a gastos reservados que las respectivas leyes de presupuesto habían asignado a la Comandancia en Jefe del Ejército, a la Casa Militar y a la Presidencia de la República, fondos que luego fueron transfiriéndose de una cuenta a otra a través de diversas maniobras financieras, a medida que éstas se iban aperturando.
- Que los fondos correspondientes a gastos reservados utilizados en las referidas cuentas corrientes finalmente terminan en poder de Pinochet, su familia y otros destinos.
- Que, asimismo, los Secretarios Generales del Ejército cursaron numerosas y permanentes órdenes de entrega de dineros que correspondían a gastos reservados de la Comandancia en Jefe del Ejército de Chile, a petición directa de Pinochet o bien de sus Secretarios Privados y otros cercanos, las que fueron utilizados en la adquisición de propiedades, construcciones, pagos de salarios a obreros y operarios por labores de índole privada de Pinochet y su entorno, explotación agrícola, sustento de parientes y cercanos, aportes a CEMA Chile, libros, estatuas o bustos de Napoleón Bonaparte, sastrería, arriendo de cabañas turísticas, audífonos, vestuario, relojes, calzado, gastos médicos, kinesiología, zapatillas de gimnasia, atlas, repuestos de lapiceras, buzos deportivos y variados otros destinos de naturaleza personal.
- Que las fuentes legítimas de ingresos que tuvo Pinochet correspondieron a su sueldo del Ejército, dieta Senador, pensión como ex Presidente de la República, pensiones, honorarios, intereses de capitales mobiliarios, dividendos, préstamos a él y cónyuge, ventas de bienes raíces y vehículos, devolución de impuestos y viáticos, las que entre los años 1973 y 2003 suman un total de US\$1.427.588, en cifras nominales, que corresponde a su patrimonio justificado.

- Que el patrimonio total de Pinochet ascendente a US\$21.363.761 se desglosa en US\$1.427.588 correspondiente a ingresos y US\$2.069.849 a intereses, por lo que los ingresos sin justificación alcanzan la suma de US\$17.866.323.
- Que de acuerdo a la investigación dirigida por el Señor Ministro de Fuero, el origen de US\$ 17.866.323 se encuentra en los fondos de gastos reservados asignados a la Presidencia de la República, a la Casa Militar y a la Comandancia en Jefe del Ejército.
- Respecto de la subsunción de los hechos investigados que el Señor Ministro de Fuero tuvo por establecidos en el delito de malversación de caudales públicos, cabe destacar las siguientes consideraciones¹¹:
- Que el tipo penal exige que el funcionario público se encuentre a cargo de dichos caudales o efectos, entendiéndose que ello significa que estos deben estar a su cuidado, a su disposición o bajo su responsabilidad, no requiriendo un texto legal o reglamentario expreso que le encomiende tal función, pues ello es un elemento ajeno al tipo consagrado en el artículo 233 de nuestro Código Penal.
- Que en el caso de autos indudablemente se está en presencia de seis funcionarios públicos, todos a la época ex oficiales del Ejército, quienes aperturaron cuentas en las cuales depositaron dineros provenientes de los gastos reservados de la Nación, asignados a las correspondientes reparticiones, esto es, Comandancia en Jefe del Ejército y Casa Militar, por la respectiva Ley de Presupuesto.
- Que los acusados en este proceso malversaron fondos públicos con el objeto que sea substraído por un tercero, Pinochet.
- Que el carácter público de los fondos es indubitado, toda vez que estos salen necesariamente de las arcas del Estado de Chile y por medio de maniobras financieras de trasferencias de dineros terminan en poder de Pinochet, su familia y otros destinos, materializándose de esta forma la sustracción.
- Que respecto de la exigencia de que los acusados hayan estado a cargo de dichos fondos, resulta que éstos abrieron cuentas a nombre propio en el Banco Riggs, por lo que todos ellos, en relación al cargo que desempeñaban y en su calidad de cuentahabientes, fueron custodios de los dineros que entraron a sus cuentas.

¹¹ Considerando cuarto, sentencia del Señor Ministro de Fuero, Manuel Valderrama Rebolledo, en causa Rol N° 1.649-2004.

- Que encontrándose acreditada la calidad de funcionarios públicos de los acusados, el carácter público de los fondos sustraídos por medio de transferencias bancarias y estando acreditado, además, el hecho que los mismos tenían a su cargo los fondos sustraídos, se concluye inequívocamente que aquéllos, al accionar de la manera que ha sido descrita en la sentencia, incurrieron en el delito de malversación de caudales públicos, descrito en el artículo 233 del Código Penal, puesto que en su calidad de funcionarios públicos, sustrajeron para beneficio particular de Pinochet y su familia, fondos públicos provenientes del erario nacional, concretándose de esa forma la acción material de apoderamiento de los fondos que tenían bajo su cargo en virtud de ser ellos Jefes de la Casa Militar, Edecán y Secretarios Privados, todos ex oficiales del Ejército de Chile.
- Que con lo expuesto en la parte expositiva de esta sentencia se puede concluir que el monto total malversado por los acusados en favor de Pinochet asciende a una suma total de US\$6.466.406,68.

2) Sentencia Ingreso N° 999-2015, dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 21 de junio de 2017

En contra de la sentencia de primera instancia dictada por el Señor Ministro de Fuero las defensas de tres de los condenados dedujeron recursos de casación en la forma, a la vez que cuatro defensas interpusieron recurso de apelación y los abogados de la viuda de Pinochet dedujeron recurso de apelación en aquella parte que dispuso el comiso de los bienes embargados.

En la sentencia de segunda instancia, dictada con fecha 21 de junio de 2017, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago determinó, por mayoría: Rechazar los recursos de casación en la forma deducidos por las defensas de tres de los condenados; revocar la sentencia de primera instancia en aquella parte que condenó a los seis acusados como autores de malversación de caudales públicos, absolviéndolos de las acusaciones judicial y particular formuladas en su contra; y revocar la sentencia de primera instancia en aquella parte que decretó el comiso de los bienes embargados en el proceso, disponiendo en su lugar el alzamiento de tales gravámenes.

Sin perder de vista que el objeto central de este artículo lo constituye la sentencia de reemplazo dictada por la Excma. Corte Suprema, de igual manera se estima de utilidad resaltar lo mencionado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago en su considerando vigésimo séptimo, en cuanto a que "...es imposible desconocer que en el proceso existe evidencia probatoria más que suficiente para estimar plenamente demostrado que aquél [Pinochet] incurrió en conductas que importaron sustracción de caudales públicos y, en este escenario procesal, ciertamente es dable colegir razonablemente que los bienes individualizados en el motivo Décimo Primero del fallo de primer grado pueden considerarse como los efectos de la perpetración de sus conductas delictuales cometidas en perjuicio del erario nacional".

Como ya se indicó, la sentencia de segunda instancia se adoptó por mayoría, toda vez que la Ministra Señora María Soledad Melo Labra estuvo por mantener la misma calificación jurídica que la sentencia de primer grado le había dado a los hechos que tuvo por establecidos, esto es, como malversación de caudales públicos, señalando:

"[Que]... esta disidente coincide con el tribunal a quo en el sentido de establecer que nos encontramos frente a la figura delictiva consagrada en el artículo 233 del Código Penal, esto es, malversación de caudales públicos, cumpliéndose en los hechos, los requisitos para que dicha figura típica se configure a la luz de los antecedentes fácticos establecidos en el fundamento tercero del fallo que se revisa, lo que deriva, luego, en esta calificación desde que los encartados en su calidad de funcionarios públicos, sustrajeron para beneficio particular de Augusto José Ramón Pinochet Ugarte y su familia, fondos públicos provenientes del erario nacional concretándose de esta forma la acción material de apoderamiento de los fondos que tenían bajo su cargo en virtud de ser ellos Jefes de la Casa Militar, Edecán y Secretarios Privados, todos ex oficiales del Ejército de Chile"12.

Respecto de la responsabilidad penal de Pinochet en los hechos que se tuvieron por establecidos y que estimó constitutivos de malversación de caudales públicos, la misma disidente manifestó lo siguiente (subrayado es nuestro):

"Que la presente investigación se inició determinadamente en contra de Augusto Pinochet Ugarte, con el objeto de investigar los delitos de malversación de caudales públicos en perjuicio del Fisco, comenzando la misma con los cuestionamientos realizados sobre el origen de la fortuna que registraba el mencionado Pinochet Ugarte.

Durante el curso de la investigación se fueron allegando los antecedentes que arrojaron elementos de prueba que demostraron que hubo una utilización irregular de los fondos destinados a gastos reservados de la Presidencia de la República, resultando beneficiado con dichas acciones Augusto Pinochet Ugarte y su familia, como se infiere del peritaje evacuado por la Universidad de Chile, a que se ha aludido en esta sentencia.

En el fundamento tercero de la sentencia que se revisa se da cuenta de aquellas transacciones efectuadas y los destinos que los dineros tuvieron, existiendo como denominador común que los únicos beneficiarios de ello resultaron ser Augusto Pinochet Ugarte y miembros de su familia.

¹² Considerando séptimo del voto de minoría, sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, Ingreso N° 999-2015, página 41.

Por otra parte de los mismos antecedentes aparece que <u>fue el mismo Pino-</u> chet Ugarte, quien instruía a sus subalternos en el sentido de efectuar las <u>transacciones que aparece cuestionada</u> en la presente investigación³³.

"Que en su oportunidad, se investigó a Augusto Pinochet Ugarte, siendo desaforado, por la responsabilidad que le habría correspondido como autor del delito de malversación de caudales públicos, en perjuicio del fisco de Chile, sobreseyéndose la causa, a su respecto, con posterioridad, debido a su fallecimiento.

Del análisis completo de los antecedentes recabados en el proceso, se advierte meridianamente que de no haber mediado el fallecimiento, habría sido condenado al igual que los demás encausados, resultando en todo caso el único favorecido con el producto de los ilícitos cometidos.

Sin perjuicio de ello, el cuestionamiento fundamental que se efectúa dice relación con que no se le puede imponer una pena como el comiso cuando su responsabilidad se ha extinguido por muerte, no alcanzando, consecuentemente, a ser condenado en la presente causa³¹⁴.

La Ministra Señora Melo también estuvo por decretar la pena de comiso, tal como había sido dispuesto en la sentencia de primera instancia, manifestándolo en los siguientes términos (subrayado es nuestro):

"Que en el caso de autos, los bienes adquiridos por Pinochet Ugarte son efecto del delito y en tal circunstancia la sustracción de caudales públicos no pueden considerarse ni eficaces ni legalmente adquiridos, puesto que el patrimonio del citado encartado nunca pudo ni siquiera legítimamente integrarse con bienes fruto de un ilícito, puesto que los modos de adquirir están expresamente señalados en el estatuto civil, y en ninguna parte se considera que el producto de un ilícito pueda incrementar el patrimonio de un imputado de un delito ni menos que por el sólo ministerio de la ley sus herederos pudieran adquirir legalmente su dominio.

Que no sólo el legislador prohíbe ingresar al patrimonio efectos fruto del delito sino que incluso el propio constituyente en el artículo 19, N°24, constitucional, al establecer el derecho de propiedad limitó que "sólo una ley puede establecer el modo de adquirir una propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social".

Que del mismo modo, cabe concluir que en la especie no existe un modo licito de adquirir el dominio sobre los citados bienes del encausado, y

¹³ Considerando cuadragésimo séptimo del voto de minoría, página 64.

¹⁴ Considerando cuadragésimo octavo del voto de minoría, página 65.

las circunstancias, de su sobreseimiento, no subsana ni convalida la adquisición ilícita de esos efectos del delito, puesto que dicha circunstancia purga con el principio de legalidad que establece el legislador en nuestro Código Civil y la Carta Fundamental en su artículo 1°, al establecer que el Estado tiene por finalidad promover el bien común, en concordancia con los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, que prescribe el principio de juridicidad o legalidad, que impide dentro de los ámbitos de su competencia a esta Magistratura convalidar o subsanar un modo de adquirir no previsto por el legislador. Cualquier exceso al efecto configura un vicio que escapa al ámbito jurisdiccional de este órgano, siendo más propio que es una materia que está dentro de la esfera y competencia del órgano legislativo.

Finalmente, es del caso advertir que el Fiscal Judicial que informó en estos autos, fue de criterio de corroborar lo razonado por esta disidente, tal como se expresa en su informe de fojas 205.302"15.

"Que establecido el origen ilícito de los bienes de Augusto Pinochet Ugarte, sin perjuicio de que a su respecto no haya existido condena, lo cierto es que en autos si se ha podido establecer la responsabilidad que a los otros partícipes en los hechos motivo de esta investigación les correspondió, no obstante que respecto de cinco de ellos se encuentre prescrita la acción penal, que permite decretar la pena de comiso como ha sido dispuesta por el señor Ministro de Fuero.

En efecto, se ha establecido la existencia del delito de malversación de caudales públicos, siendo además determinada la responsabilidad que ha correspondido a cada uno de los encausados en este proceso, por lo que el producto que se ha obtenido de la malversación efectuada se enmarca dentro de lo que al efecto establece el artículo 31 del Código Penal y también, se apoya, en normativa internacional citada destinada a evitar la corrupción, persiguiendo a sus autores y decomisando los bienes producto de los ilícitos que se cometen" 16.

IV. Análisis de la sentencia de reemplazo de la Excma. Corte Suprema

En la sentencia de reemplazo dictada el pasado 24 de agosto la Excma. Corte Suprema resolvió revocar la sentencia de primera instancia en cuanto condenó al General de Ejército y a los dos Generales de División en retiro involucrados como autores del delito de malversación de caudales públicos, y en su lugar los absolvió por haberse extinguido su responsabilidad penal por

¹⁵ Considerando quincuagésimo del voto de minoría, página 65.

¹⁶ Considerando quincuagésimo primero del voto de minoría, página 66.

prescripción. Asimismo, confirmó la referida sentencia en cuanto condenó a los tres Coroneles en retiro involucrados como autores del delito de malversación de caudales públicos, a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, a quienes se concedió el beneficio alternativo de la libertad vigilada por el lapso de cinco años,

En la sentencia de reemplazo la Excma. Corte Suprema también decretó el comiso de los bienes embargados que, al momento de ser objeto de las medidas cautelares que los afectaban eran de propiedad de Augusto Pinochet Ugarte o bien de alguna de sus sociedades, pero por hasta un monto equivalente a US\$ 1.621.554.46¹⁷.-

Finalmente, la Excma. Corte aprobó el sobreseimiento parcial definitivo dictado con fecha 20 de diciembre de 2006 por el Señor Ministro de Fuero en favor de Augusto Pinochet Ugarte, fallecido en los días previos, conforme a lo establecido en el artículo 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal en relación al artículo 93 N° 1 del Código Penal.

Como se señaló al comienzo de este artículo, algunos de los aspectos y análisis que contiene la sentencia de reemplazo dictada por la Excma. Corte Suprema el pasado 24 de agosto son de interés para la especialidad de delitos funcionarios y corrupción pública, al referirse al concepto y regulación de los gastos reservados y al hecho que la sustracción de éstos configura malversación de caudales públicos, siendo especialmente relevante la posición que toma nuestro máximo Tribunal respecto del requisito de "tener a cargo" dichos caudales, esto es, el tipo de vinculación que el funcionario público debe tener con aquellos.

Estos y algunos otros aspectos se revisan en los siguientes párrafos.

La malversación de caudales públicos no exige especialmente ánimo de señor y dueño

En relación al verbo rector "sustraer", la Excma. Corte Suprema sostiene que la conducta típica consiste en una "acción material de apoderamiento que hace salir la cosa de la esfera de custodia de su titular"¹⁸, sin exigírsele al sujeto activo comportarse especialmente con ánimo de señor y dueño, por eso se habla de "sustracción" y no de "apropiación", agregando que el sujeto activo no necesita

¹⁷ Cabe recordar que en la sentencia de primera instancia el Señor Ministro de Fuero había decretado el comiso de todos los bienes embargados (24 inmuebles, 3 vehículos y 7 instrumentos bancarios), siendo el monto total malversado por los acusados en favor de Augusto Pinochet Ugarte ascendente a US\$ 6.466.406,68.-

¹⁸ Considerando segundo, sentencia de reemplazo de la Exc
ma. Corte Suprema, Nº Ingreso 38.490-2017, página 2.

extraer o trasladar los fondos sustraídos desde el resguardo de un tercero pues éstos "se encuentran ya dentro de la esfera de custodia del hechor" 19.

• El delito de malversación de caudales públicos tiene carácter omisivo

Asimilándolo a la apropiación indebida (no al hurto), indica que se requiere la sustracción propiamente tal de los caudales, a través de ciertas maniobras para traspasar los fondos y dejarlos disponibles para el funcionario público o bien para ocultar su existencia, pero subrayando que "lo verdaderamente determinante es que no sean reintegrados" 20, es decir, que éstos no sean reintegrados una vez requeridos en la rendición de cuentas respectiva.

Los caudales o efectos públicos sustraídos deben estar al cuidado, disposición o responsabilidad del funcionario público

La Excma. Corte Suprema expresa que no existe ningún precepto legal del cual pueda entenderse que la custodia exigida en el artículo 233 del Código Penal deba emanar "de un precepto expreso de la ley o reglamento"²¹, desechando así la exigencia doctrinaria sostenida por la sentencia casada en cuanto a la necesidad "de que los bienes públicos o privados estén vinculados al funcionario por una especial relación de custodia determinada por disposiciones legales o reglamentarias del Derecho Administrativo"²².

Para la Excma. Corte el tipo penal únicamente "hace referencia al funcionario que tiene fondos 'a su cargo', es decir, que estén bajo su protección y resguardo", citando a continuación un fallo del mismo tribunal que en 1954 señaló que el delito también se configura cuando el sujeto activo tiene los fondos "a su orden y disposición; pero a título de mera tenencia, y por tanto, son de su cargo"²³.

En los párrafos siguientes nuestro máximo tribunal se refiere brevemente al origen del artículo 233 del Código Penal, señalando lo siguiente en los párrafos finales del considerando octavo (subrayado es nuestro):

"Asimismo, ha explicado esta Corte "Que el artículo 233 del Código Penal fue tomado del artículo 318 del Código Español de 1850 que tenía la misma redacción, y que <u>únicamente exigía que el empleado público</u>

¹⁹ Ídem.

²⁰ Ídem

²¹ Considerando octavo, sentencia de reemplazo de la Excma. Corte Suprema, Nº Ingreso 38.490-2017, página 5.

²² Ídem.

²³ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de fecha 7 de mayo de 1954. En: Revista de Derecho y Gaceta de los Tribunales, Enero a Diciembre de 1954, N°s. 1 y 10, p. 55.

tuviera a su cargo caudales públicos o de particulares por un título de mera tenencia, sin requerir que los tuviera por razón de sus funciones; posteriormente el Código Español de 1870 cambió su redacción y exigió, además, que el funcionario los tuviera por razón de sus funciones y por este motivo los comentadores de dicho Código, como Cuello Colón y Federico Puig Peña manifestaban que debido a la nueva redacción es ahora menester que la ley haya otorgado al funcionario la administración de esos fondos, pero conforme al texto antiguo se estimaba, según expresa Groizard, que bastaba que los tuviera a su cargo, y como nuestro Código ha mantenido la redacción primitiva del Código Penal Español, basta que el funcionario tenga esos fondos a su cargo, para que sea culpable del delito de malversación" (Sentencia de Corte Suprema de 1º de julio de 1967, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 64, 2ª parte, secc. 4ta., p. 129).

En la misma línea la doctrina ha enseñado que la norma en examen fue tomada del Código Penal español, que tampoco exigía nada más, sólo posteriormente en ese país se agregó la exigencia de que estuviese a su cargo "por razón de sus funciones", reforma que nunca fue adoptada en Chile (Rodríguez y Ossandón, ob. cit., p. 394), manteniéndose en España quienes defienden una apertura típica (Olesa, Zabalegui y, sobre manera la jurisprudencia del Tribunal Supremo), sobre la base de una extensión de la relación funcional con los caudales o efectos públicos, consideran suficiente que el funcionario disponga de ellos "con ocasión" de sus funciones (Morales Prats, Fermín y Morales García, Oscar, Capítulo VII De la malversación, en: Quintero Olivares, Gonzalo y Morales Prats, Fermín. Comentarios al Nuevo Código Penal, Editorial Aranzadi, España, 2ª ed., 2001. pp. 1966 y 1967)."

• Los hechos que se tuvieron por acreditados y de los que tomaron parte los acusados son constitutivos de malversación de caudales públicos

Se señala en la sentencia que, en su calidad de Presidente de la República y Comandante en Jefe del Ejército, Pinochet contaba con funcionarios de su confianza que se desempeñaron como sus Secretarios Privados, y que éstos contaban con una cuenta destinada sólo a gastos personales de éste²⁴.

Luego se indica que por instrucción directa de Pinochet en las referidas cuentas se depositaron dineros que correspondían a gastos reservados, poniéndolos así a cargo de los acusados quienes de esta manera asumieron la

²⁴ Considerando cuarto, sentencia de reemplazo de la Excma. Corte Suprema, Nº Ingreso 38.490-2017, página 3.

obligación de conservarlos, con el deber de darles un fin público²⁵, aunque en los hechos lo que ocurrió fue que permitieron la sustracción definitiva de esos montos al destinarlos al patrimonio personal de Pinochet o de sus familiares, siguiendo las instrucciones de éste²⁶.

Respecto de la calidad de funcionarios públicos de los acusados, conforme lo dispone el artículo 260 del Código Penal, se expresa que ello resulta claro pues a la fecha de apertura de las respectivas cuentas corrientes éstos se desempeñaban en cargos tales como Secretario Privado de Pinochet, Jefe de Relaciones Públicas de la Comandancia en Jefe del Ejército, Ayudante Militar, entre otros²⁷.

En lo referido al vínculo que debe existir entre el funcionario público y los caudales, se manifiesta que la usanza administrativa a la época de estos hechos, estando Pinochet al mando del Poder Ejecutivo y siendo al mismo tiempo Comandante en Jefe del Ejército, era que quien desempeñara las funciones de su Secretario Privado abriera una cuenta corriente en el extranjero con los fondos que él dispusiera, práctica que en opinión de la Excma. Corte Suprema "conformaba lo que, en ese entonces, debía tomarse como el proceder aceptado de la Administración, sobretodo en atención a la naturaleza de los fondos custodiados -gastos reservados- y a las circunstancias en que operó el gobierno de la época"28.

En relación con esto último, se señala que si bien la custodia o administración de caudales públicos o de fondos calificados como reservados en el presupuesto nacional no se contemplaban como funciones de los cargos de Secretario Privado de Pinochet, de Jefe de Relaciones Públicas de la Comandancia en Jefe del Ejército y de Ayudante Militar en el reglamento respectivo²⁹, debe precisarse que éste fue aprobado por el propio Pinochet³⁰, quien a esa época dirigía el Poder Ejecutivo como Presidente de la República (por lo que podía reglamentar así dicha materia), que éste también ejercía el Poder Legislativo (Junta de Gobierno) y que, también como Presidente de la República, estaba encargado de la promulgación de las leyes³¹.

²⁵ Considerando noveno, página 7.

²⁶ Considerando quinto, página 4.

²⁷ Considerando séptimo, página 4.

²⁸ Considerando décimo, página 7.

²⁹ Reglamento Orgánico y de Funcionamiento de la Comandancia en Jefe del Ejército, de 1987.

³⁰ Mediante Orden de Comando N° 6415/278, de 8 de enero de 1988.

³¹ Considerando décimo primero, sentencia de reemplazo de la Excma. Corte Suprema, N° Ingreso 38.490-2017, página 8.

En la parte final de su considerando décimo primero la Excma. Corte expresa (subrayado es nuestro):

"En virtud de lo dicho, <u>mal podía esperarse que Pinochet Ugarte reglara,</u> o hubiera instado para que se legislara, sobre la custodia, resguardo y control de los gastos reservados que puso a cargo de sus Secretarios Privados, modificando de ese modo el Reglamento Orgánico y de Funcionamiento de la Comandancia en Jefe del Ejército o el Decreto Ley N° 406, del Ministerio del Interior, publicado el 20 de agosto de 1932 -que básicamente indicaba que se consideraría como suficiente rendición de cuentas de la inversión de los gastos reservados, los recibos globales que se presentaran-, pues precisamente el depósito en las cuentas operadas por tales funcionarios y su gestión en distintas inversiones y gastos, fue el método mediante el que se concretó la sustracción de esos caudales públicos, aprovechando que durante aquel período la Contraloría General de la República no registraba ni inquiría detalles acerca del uso de tales ítems de presupuesto, limitándose únicamente a velar porque en aquellos casos en que el monto a que ascendía tal partida era efectivamente conocida a través de la Ley de Presupuesto, no se sobrepasase el monto permitido"32.

Sobre el aspecto subjetivo del delito en comento, junto con indicarse que éste se debe ejecutar con dolo directo, se expone que ello "se desprende de las circunstancias que componen los hechos que se tuvieron por acreditados y de los que tomaron parte los acusados, donde se los pone a cargo del manejo y gestión, bajo instrucciones de Pinochet Ugarte, de importantes sumas de divisas que, a todas luces, no provenían de las fuentes lícitas de ingresos de este último, lo que descarta la existencia de un error de tipo que determine la ausencia del dolo requerido"³³ (subrayado es nuestro).

La Excma. Corte Suprema estimó acreditada la comisión del delito de malversación de caudales públicos, toda vez que "está demostrado que los acusados, actuando como funcionarios públicos, se hicieron cargo de la custodia de fondos correspondientes a gastos reservados y luego tomaron parte en su sustracción en favor de Pinochet Ugarte o sus familiares, en perjuicio del erario nacional"³⁴.

Finalmente, en cuanto a la participación de los acusados, se los consideró coautores del artículo 15 numeral primero del Código Penal, por cuanto "tomaron parte en la ejecución del delito de malversación de caudales públicos, de manera inmediata y directa, al abrir las cuentas bancarias y quedar a cargo

³² Considerando décimo primero, página 10.

³³ Considerando décimo quinto, página 12.

³⁴ Considerando décimo sexto, página 12.

del manejo de los fondos correspondientes a gastos reservados que en ellas se depositaron, gestionando dichos caudales según las instrucciones de Pinochet Ugarte, procediéndose de esa manera a su sustracción"³⁵, añadiendo que ello es posible aunque se haya considerado que Pinochet también estaba a cargo de dichos fondos, pues la coautoría es ciertamente posible cuando existe una custodia compartida de los caudales.

V. Comentarios finales

La sentencia de reemplazo dictada por la Excma. Corte Suprema el pasado 24 de agosto, poniendo término al denominado Caso Riggs, constituye un interesante insumo en materia de concepto y naturaleza de gastos reservados, además de contribuir a clarificar la aptitud del delito de malversación de caudales públicos para subsumir ese tipo de conductas de sustracción de fondos públicos.

En concreto, con su sentencia nuestro máximo tribunal ha dejado en claro que la sustracción de gastos reservados por parte de funcionarios públicos es constitutiva del delito previsto en el artículo 233 del Código Penal, y que la vinculación que el sujeto activo debe tener con los caudales puede provenir de fuentes más amplias que la sola ley o reglamento.

Finalmente, cabe indicar que tanto los hechos que se lograron establecer en esta extensa investigación de 14 años, como aquellos que nuestro país ha conocido en los últimos años a propósito de lo ocurrido en instituciones públicas como Carabineros y el Ejército, no son sino una muestra de la gravedad y nocividad del fenómeno de la corrupción, que permea en las mismas bases de un Estado de Derecho sin fijarse en sistemas políticos ni formas de gobierno.

³⁵ Considerando décimo séptimo, página 12.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

APROXIMACIÓN SOCIOLÓGICA A LOS FACTORES CULTURALES, ECONÓMICOS Y POLÍTICOS DEL TRÁFICO DE DROGAS TRANSNACIONAL Y SU CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Anton Lazzaro Müller¹

Resumen

El presente trabajo desarrolla una aproximación teórica sociológica al tráfico de drogas y su criminalidad organizada según componentes culturales, económicos y políticos. Para lo anterior, se trataron los axiomas de los sociólogos Daniel Bell, Ulrich Beck y Anthony Giddens, entre otros. Los conceptos vertidos por los autores mencionados, permiten vislumbrar como la problemática antes señalada se enmarca en la sociedad del riesgo mundial, en las consecuencias de la modernidad, los procesos de las contradicciones culturales del sistema económico y el advenimiento de la sociedad post-industrial.

Introducción

La sociología es una ciencia que considera, entre otras cosas, la consolidación de un objeto de estudio dúctil y multifacético, aunque ha sido cuestionada por otras disciplinas científicas particularmente por su imprecisión en la definición de su objeto de estudio e interpretación de las investigaciones. En contraste con la química y física, la sociología conforma su conocimiento en el propio ser humano, el cual genera diversas opiniones radicadas en la subjetividad², por ello se genera esta crítica metodológica.

Si bien la sociología aplica métodos sistemáticos, construye investigación empírica, desarrolla complejos análisis de datos y valoración de teorías de acuerdo a pruebas establecidas mediante argumentos lógicos respecto a las sociedades humanas, también puede que el hecho que los seres humanos sean conscientes y les otorguen sentido a sus vidas, se traduzca en una alta complejidad aplicar el método científico a las propias personas³. En ese sentido, la misma sociología carecería de consenso respecto a su determinación como disciplina científica.

¹ Sociólogo analista del Departamento Antidrogas O.S.7 de Carabineros de Chile.

² GIDDENS, Anthony. Sociología. 7ª ed., Madrid, España, Alianza Editorial, 2017, p. 33.

³ GIDDENS, Sociología, ob. cit., p. 63.

En el debate de la sociología y la ciencia, Bourdieu sostiene que "...una perfección metodológica corre el riesgo de provocar un desplazamiento de la vigilancia epistemológica..." lo que se traduce en que el proceso científico positivista (cuantitativo) desplazaría la observación del conocimiento "sociológico", desatendiendo los fenómenos sociales emergentes más de orden cualitativos.

En efecto, la búsqueda cuantitativa del objeto de estudio empírico-sociológico, podría relativizarse por el concepto "prognosis social", toda vez que implicaría una suerte de tendencias históricas o de probabilidades como un conjunto de proyecciones potenciales a través de variables sociológicas donde prime su carácter exógeno⁵. Es desde esta tribuna que la sociología construiría un aporte al problema del control de la oferta de las drogas ilegales.

Para Daniel Bell, la "prognosis" no se trataría de generar predicciones de resultados que a la luz de los fenómenos sociales podrían ser útiles para predicciones de acontecimientos políticos o quien resultará vencedor en un determinado conflicto bélico. La "prognosis" sería viable al momento de establecer pronósticos respectos a posibles variables al interior de un sistema cerrado⁶. Es en este marco donde la utilidad de la prognosis de Bell se suma a la labor de la sociología como parte de la "vigilancia epistemológica" de Bourdieu, resultando relevante el análisis tanto del presente como del futuro de las sociedades, superando así los cuestionamientos sobre la necesidad de consolidación de un único objeto de estudio positivista o cuantitativo absoluto.

En los diversos tipos de prognosis social que refiere Bell, se hace relevante destacar la proyección de los indicadores sociales aplicada a variables sobre criminalidad. En este sentido, para Bell, los datos asociados a indicadores de criminalidad, entre otros, genera complejos inconvenientes, tal es el caso de la manera de reunirlos, así como la heterogeneidad de las variables criminales analizadas entre sí, puesto que para este sociólogo "Las <<tasas de delincuencia>> utilizadas por el FBI mezclan asesinatos, violaciones, asaltos, robos, robos de coches, etc., pero esas cifras no son homogéneas y no admiten una misma escala?". De esta manera es que el tráfico de drogas supone un análisis particular como delito que se consolida en las esferas transnacionales. Conlleva indicadores propios de un mercado ilícito con una fuerte influencia

⁴ BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude & PASSERON, Jean-Claude. El oficio del sociólogo: presupuestos epistemológicos. 2ª ed., Ciudad de México, México, Siglo Veintiuno, 2008, p. 27.

⁵ BELL, Daniel. *El advenimiento de la sociedad post-industrial.* 5ª ed., Madrid, España, Alianza Universidad, 2001, p. 19.

⁶ BELL, El advenimiento de la sociedad post-industrial, ob. cit., págs. 18 – 19.

⁷ BELL, El advenimiento de la sociedad post-industrial, ob. cit., p. 11.

cultural (producción y consumo de drogas). Las variables, llamadas por los científicos como "...propiedades o constructos..." son propias del análisis antidroga, independiente de sus niveles de medición, lo que genera una particularidad en lo que a "prognosis" y "vigilancia epistemológica" refiere.

En consecuencia, para Bell "La tarea del sociólogo o del historiador es proyectar una unidad de estudio inteligible". Con este quehacer es posible enfrentar las críticas de la comunidad científica, especialmente de las ciencias naturales, puesto que al menos será preciso o clarificador y permitirá desarrollar conocimiento sociológico.

Otro de los aportes de la sociología aplicada al estudio del sistema social, radica "...en identificar el carácter, y si es posible la trayectoria, del cambio: las fuerzas progresivas y regresivas, los elementos reforzadores y desintegradores" Con lo anterior, la identificación tanto del carácter como la trayectoria del cambio social, permitirían aportar a la estructura de la normativa jurídica, considerando que ésta se encuentra en una fase posterior a los cambios socioculturales de una sociedad. La relativización, al menos en el debate público, respecto al consumo de determinadas drogas, puede ser un ejemplo aplicado a los cambios en las pautas de comportamiento sociocultural y cómo la norma se estaría aplicando. En consecuencia, la sociología y su "vigilancia epistemológica" como su "prognosis social", se traducen en una contribución al derecho penal.

Para reforzar lo anterior, se debe considerar que "En vastos sectores del mundo se debilitan los controles sociales y culturales establecidos por los estados..."¹¹, lo que se traduciría en una falta de claridad del control social según complementa Alain Touraine. En este sentido, se hace relevante construir una aproximación teórica sociológica respecto de esta problemática, de tal manera de potenciar dichos controles mediante el análisis social antidroga como consecuencia de la "prognosis" y "vigilancia epistemológica".

Con todo lo anterior, el presente ensayo tiene por objetivo construir un marco teórico sociológico hacia la problemática del tráfico de drogas transnacional. Del mismo modo, generar aplicación teórica respecto a fenómenos que se enmarcan en la criminalidad organizada, especialmente aquellas que atentan contra las dimensiones políticas, económicas y culturales sostenidas en el contexto de la modernidad y post-industrialización.

⁸ KERLINGER, Investigación del comportamiento, ob. cit., p. 36.

⁹ BELL, El advenimiento de la sociedad post-industrial, ob. cit., p. 22.

¹⁰ BELL, El advenimiento de la sociedad post-industrial, ob. cit., p. 12.

¹¹ TOURAINE, Alain. ¿Podremos vivir juntos? Buenos Aires, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 9.

Como estructura teórica de este artículo, se abordarán los planteamientos teóricos de Daniel Bell, quien sustenta el análisis de la sociedad mediante el orden tecnoeconómico, orden político y los componentes culturales. A su vez, sostiene el concepto de post-industrialismo como parte fundamental del cambio social y que dicha contradicción cultural genera un desafío para la sociología y su método, especialmente vinculada a establecer las variables precisas para un acertado análisis sociológico de la realidad social.

En lo que refiere a los fundamentos de la sociedad del riesgo, se tratará a Ulrich Beck, quien sostiene elementos teóricos de los peligros exportables y la globalización, así como los riesgos globales, los tipos de guerras y donde se ubica el tráfico de drogas como una violencia privatizada y organizada y sus consecuencias en los mercados globales producto del lavado de activos.

Finalmente, se desarrollarán las bases teóricas de las consecuencias de la modernidad de Anthony Giddens, quien proyecta un exhaustivo tratamiento de los sistemas abstractos y las consecuencias que ha generado desde la modernidad contenida en el siglo XVII hasta la actualidad. De este último, se considerarán los trazados asociados a los conceptos de seguridad, peligro y fiabilidad-riesgo, como parte de los costos que se asumen en la vida moderna y que, por cierto, conforman un gran segmento de los procesos de tráfico de drogas transnacional implicados con los contenidos del Desanclaje, considerándose este último como el despegar de las relaciones sociales desde contextos locales a globalizados.

1.Desarrollo

1.1 Organización social y criminalidad organizada

Para Etzioni, las organizaciones sociales se comprenden como unidades sociales o agrupaciones humanas establecidas conscientemente para alcanzar fines específicos. Las características que establece Etzioni determinan las organizaciones por medio de la división del trabajo, por el centro del poder y la suplantación de personal¹². Es en este marco en que la criminalidad organizada configura una suerte de organización homóloga a las formales y legales, toda vez que conducen sus ilícitos propósitos al logro de utilidades y rentabilización de sus inversiones, por cierto, la división del trabajo determina la complejidad de estas organizaciones y sus proyecciones criminales, todos aspectos relevantes para los propósitos de su comprensión y ulterior desarticulación.

¹² ETZIONI, Amitai. *Organizaciones Modernas*. México, Unión Tipográfica Editorial, 1979, p. 4.

De acuerdo a los planteamientos de Ruiz, las organizaciones modernas poseen una serie de factores que inciden en la importancia que éstas tienen para la sociedad, a decir, crecimiento vertiginoso de su número, ampliación de su tamaño, difusión geográfica por todas las sociedades, y por sobre manera la influencia que ejercen sobre la economía, la cultura y la política¹³. Estas características organizacionales, permiten aplicar la expansión geográfica y política como uno de los elementos altamente relevante respecto a las plataformas geopolíticas que genera la criminalidad organizada, en la cual es considerable su crecimiento desde redes locales primarias hasta las grandes transnacionales criminales que registran con mayor nitidez el tráfico de drogas y lavado de activos.

Las estructuras sociales, como parte fundamental de las sociedades, se comprenden como "Los modelos duraderos creados por las relaciones entre personas, grupos e instituciones..."¹⁴. En este contexto, las organizaciones sociales de carácter ilegal, como es el caso de la criminalidad organizada, generarían elementos centrales como estructura social sostenida por la misma sociedad, construyendo grupos de personas e instituciones sociales que mantendrían una cohesión en el tiempo de la organización.

Bell sostiene que la sociedad dejó de ser una organización natural del ser humano, en la cual gobernaban intenciones colectivas, puesto que en la actualidad las personas se encuentran en la búsqueda de la satisfacción personal, donde prima la ostentación y el derroche de recursos¹⁵. Si efectivamente las consecuencias del sistema económico actual conllevan una organización social para fines de búsqueda del placer por parte de sus integrantes, entonces, el problema del consumo de las drogas se condiciona como un eventual componente ideal compenetrado en las creencias y valores de la sociedad, lo cual establece una justificación cultural altamente compleja de superar, puesto que no sólo se trataría de responsabilizar la labor de los controles sociales formales, sino que el consumo de drogas ilegales se encontraría arraigado en la estructura ideológica de la cultura y donde se define un mercado para ello.

Para Bell la cultura se reflejaría en una sociedad, grupo o persona, por ende, en una organización social. La cultura generaría identidad producto de su estética, donde la moral del yo y los estilos de vida determinan su forma y gustos, es

¹³ RUIZ, José. *Sociología de las Organizaciones*. Bilbao, España, Universidad de Deusto, 1995, p. 15.

¹⁴ GIDDENS, Sociología, ob. cit., p. 31.

¹⁵ BELL, Daniel. *Las contradicciones culturales del capitalismo.* 7^a ed., Madrid, España, Alianza Editorial, 2004, p. 34.

decir, se entrelazarían la sensibilidad, emoción, moral y sentimientos ¹⁶. Cuando se analizan los cambios en las pautas de comportamientos a través de la cultura, especialmente por factores estéticos y gustos culturales, se podría interpretar que el consumo de drogas es parte de los estilos de vida, de los procesos emocionales y la propia moral o cultura inmaterial, como en la actualidad se apreciaría en el consumo de marihuana. Es decir, el consumo de esta droga penetraría las dimensiones culturales conducidas a enmarcarse en un eventual estilo de vida.

En la discusión territorial del tráfico de drogas y la denominada "geopolítica de las drogas", la que comprende el territorio de producción ilegal de cultivo, rutas de tráfico y puntos de ventas para consumo, se debe comprender la visión clásica de la geopolítica aplicada a este delito organizado. En este sentido, es posible comprenderla como "...conflictos de poderes para el control de territorios, de sus riquezas y de los hombres que las producen..."¹⁷, por lo que en el contexto de la producción de drogas y las rutas de transporte utilizadas para ello, cabe la discusión, al menos, que territorialmente dicha problemática construye fronteras disímiles a la geográfica política, puesto que las extensiones territoriales de producción de arbustos de hojas de coca, cannabis sativa y opio, sobrepasan las visiones políticas estatales y la criminalidad organizada genera rutas propias desafiando los controles sociales formales.

En el caso particular de la geopolítica de las drogas, como se sostuvo anteriormente, se comprende tanto por los cultivos ilícitos, las rutas y los centros de distribución de drogas para su consumo¹⁸. Estas tres características pueden apreciarse en otras realidades geográficas por cada una de ellas, sin que necesariamente las tres se encuentren vinculadas simultáneamente. Las organizaciones criminales traficantes de drogas, desafían la geopolítica oficial de los Estados para establecer sus propias bases comerciales, accediendo al tratamiento de rutas, tanto marítimas, puentes aéreos y terrestres.

Los conflictos internos de los países productores de drogas naturales, representan extensiones de territorios entrelazados con diversos Estados, lo cual dista de la producción de drogas sintéticas, toda vez que éstas pueden encontrarse próximas a los consumidores¹⁹. En ambos contextos las políticas de seguridad pública se ven enfrentadas a la problemática territorial y a su vez cultural, particularmente en el caso de la producción de drogas naturales. Todo lo anterior, ha implicado la necesidad del reforzamiento de las fronteras para evitar el expansionismo geográfico de las rutas de las drogas.

¹⁶ BELL, Las contradicciones culturales del capitalismo, ob. cit., p. 47.

¹⁷ LABROUSSE, Alain. Geopolítica de las drogas. Santiago, Chile, LOM, 2012, p. 15.

¹⁸ LABROUSSE, ob. cit., p. 17.

¹⁹ LABROUSSE, ob. cit., p. 15.

Las dificultades propias de las fronteras, tanto geográficas, políticas o circunstanciales (conflictos culturales), son manipuladas por los traficantes de drogas para su propio beneficio, en especial por la dificultad de generar controles policiales en estos tipos de fronteras, lo que les permite incrementar los precios de la droga²⁰.

Para Giddens, se genera una condición sin precedente respecto a las organizaciones transnacionales, puesto que éstas "...han conseguido un ámbito auténticamente global. Las tecnologías de la información han quitado importancia a las fronteras nacionales..."²¹. Si bien la referencia a las organizaciones transnacionales de Giddens, no refieren al tráfico de drogas, es posible asimilarlas, ya que las extensiones geopolíticas trascienden las fronteras para abastecer con drogas las necesidades de sus consumidores, puesto que el tráfico de drogas se homologaría a un "...comercio transfronterizo..."²².

Las diversas clasificaciones que Giddens realiza respecto a las organizaciones internacionales, especialmente ligadas al actual sistema económico, permite observar tipologías tales como corporaciones transnacionales, las que "Con el desarrollo de la globalización, la mayor parte de las grandes corporaciones operan ahora en un contexto económico internacional"²³. Esta clasificación permitiría aproximarse a los carteles de drogas o a las organizaciones mafiosas con carácter cultural. En ambos tipos se reflejan operaciones internacionales para la producción de criminalidad organizada, no sólo abasteciendo al mundo con drogas ilegales, sino que con otros productos criminales vinculante a un mercado ilegal (trata de personas, tráfico de armas, entre otros).

Para Giddens, el crimen organizado, más allá de la clasificación de sus tipos de actividades, adoptará diversas "...formas concretas desde el punto de vista cultural, cada vez tiene un carácter más transnacional"²⁴. Este carácter cultural será determinante para establecer los mecanismos de organización, resolución de conflictos a través de la violencia, diversificación de los tipos de delitos, entre otros aspectos.

El crimen organizado establecerá alianzas, las que generan redes internacionales que superarán los territorios propios. Sin embargo, operarán "...en países <<de bajo riesgo>> en los que no se ven tan amenazados"²⁵.

²⁰ LABROUSSE, ob. cit., p. 16.

²¹ GIDDENS, Sociología, ob. cit., p. 932.

²² GIDDENS, Sociología, ob. cit., p. 935.

²³ GIDDENS, Sociología, ob. cit., p. 940.

²⁴ GIDDENS, Sociología, ob. cit., p. 1069.

²⁵ GIDDENS, Sociología, ob. cit., p. 1072.

1.2 Los orígenes de las contradicciones culturales del sistema económico y el tráfico de drogas

Daniel Bell, en "Las contradicciones culturales del capitalismo", plantea que la sociedad, desde un proceso analítico, se dividiría en tres dimensiones disímiles: tecnoeconómica, el orden político y la cultura. Es relevante destacar que para Bell estas dimensiones de cambio social, son diferentes y que se desvinculan de los planteamientos sociológicos del conflicto y funcionalismo. La primera relaciona la economía con la cultura y que desde allí se desprende una mercancía con su respectivo intercambio. La segunda (funcionalismo), plantea que, a través de un sistema valorativo, se logra controlar todas las conductas sociales²⁶.

En esencia, la contradicción cultural del capitalismo, se relaciona con el hedonismo, el cual se conforma como una justificación cultural y moral como estilo de vida en la búsqueda permanente del placer. En este sentido, las conductas sociales se evidencian a través de la satisfacción traduciéndose en un modelo²⁷. Concierne un análisis acabado respecto a este planteamiento de Bell, toda vez que el tráfico de drogas en su dimensión general, es un mercado ilegal para abastecer las lógicas, en caso que de esa manera pueda denominarse su relación cultural, con el consumo de drogas, siendo la principal demanda para la búsqueda del placer o hedonismo, como sustantiva de la contradicción del capitalismo.

La relación entre la dimensión tecnoeconómica y el orden político, se observa cuando la sociedad asume como un derecho el consumo, a pesar que los recursos sean limitados, especialmente por los costos de éstos más que por su cantidad. Es allí donde se manifiesta un conflicto "...entre las exigencias del orden político y las limitaciones que fija la economía"²⁸. Si se considera que el consumo de las drogas es una demanda de un producto (ilegal), pero que se transa en el mercado para satisfacer las necesidades de personas en búsqueda del placer o hedonismo, el conflicto se agudizaría por el orden político que instaura políticas de seguridad pública de control de la oferta de las drogas y, paralelamente, la sujeción del precio de las drogas es cada vez más alta debido a las barreras generadas por el control formal e informal.

De sumo interés supone para Bell la contradicción de la clasificación de la sociedad en tradicionales clases sociales y que en la actualidad se ha reemplazado por la identificación de los gustos culturales, es decir, las estructuras de las clases sociales segmentadas se han diluido en la subjetividad

²⁶ BELL, Las contradicciones culturales del capitalismo, ob. cit., p. 23.

²⁷ BELL, Las contradicciones culturales del capitalismo, ob. cit., p. 33.

²⁸ BELL, Las contradicciones culturales del capitalismo, ob. cit., p. 34.

cultural. Es así que al considerar una especie de disolución de las estructuras sociales tradicionales basadas en clases, la mayor parte de las personas se identifican con los estilos culturales²⁹. De esta manera se evidencia un conflicto entre la posición social y el estilo cultural de las personas, lo que simplifica la búsqueda de la construcción de mercados con demandas de drogas ilegales, así como otros productos clandestinos fuera de la estructura clásica social.

En este sentido, Bell plantea que: "A medida que se disuelve la estructura social tradicional de clases, es cada vez mayor el número de individuos que desean ser identificados...por sus gustos culturales y sus estilos de vida"30. El principio de mercado conduce a la racionalidad y eficiencia de la organización, tal cual establece la criminalidad organizada con los niveles de producción y distribución de la droga que por esencia es empresarial. Este ilegal producto permite la satisfacción asociada a los estilos de vida que se construye desde la cultura, con todas las consecuencias sociales ya sabidas generando un alto costo al Estado y a las propias sociedades. Más allá de la estructura de mercado, lo relevante es considerar que un sistema económico puede conducir a la identificación de las personas según sus gustos culturales y estilos de vida, superando, eventualmente, la identidad de clase social.

Como se sostuvo anteriormente, Bell propone una división analítica de la sociedad (*tecnoeconómica*, orden político y cultura), la que generaría "... discordancias entre esos ámbitos responsables de las diversas contradicciones dentro de la sociedad"³¹.

a) El orden económico (tecnoeconómica)

En el contexto de una perspectiva económica, la racionalidad funcional weberiana establece la base de la sociedad, desde su estratificación social hasta los medios tecnológicos que utilizan los principios de desarrollo social. La búsqueda permanente de menores costos y mayores beneficios, conforman la maximización entre los recursos y las políticas laborales. La expresión por excelencia se origina en los términos monetarios, comparándose los costos con los beneficios. Tanto la burocracia, otro constructo weberiano, así como la jerarquía y también la fragmentación de las funciones sociales, constituyen el principio de sustitución de productos y procesos por otros con mayores niveles de eficiencia a menor costo. La cosificación compone la estructura social, por lo cual las "personas" se traducen en roles y, por ende, con su respectivo estatus social. Lo anterior, produce relaciones sociales jerárquicas y funciones en el

²⁹ BELL, Las contradicciones culturales del capitalismo, ob. cit., p. 49.

³⁰ BELL, Las contradicciones culturales del capitalismo, ob. cit., p. 49.

³¹ BELL, Las contradicciones culturales del capitalismo, ob. cit., p. 23.

mismo orden de ideas. La autoridad es inherente a su posición y no a su condición individual, por lo que la relación social entre la acción social, se traduce en una relación entre roles³².

El debate sobre la conformación de la actividad criminal organizada en modalidad estructurada, no es nuevo y se ha consensuado su clasificación mediante la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, suscrito el año 2000 en Palermo, Italia. Sin embargo, el impacto en la dimensión económica y la organización de la criminalidad supeditada a una sistematización informal en la búsqueda de la aplicación de racionalidad al considerar menores costos y mayores beneficios, es posible apreciarla según el análisis de Bell. El tráfico de drogas en su dimensión general, conforma alcances laborales ilegales, establece costos en términos monetarios, uso de tecnologías tanto para la producción, fabricación y transporte de las drogas, se aprecian roles criminales y jerarquías con sucesiones de mando según el tipo de organizacional criminal.

b) El orden político

Como parte de la base epistemológica de Daniel Bell, se evidencia a través del concepto de "orden", un sustrato teórico funcionalista, a pesar de ciertas observaciones que realiza a este paradigma sociológico. De acuerdo a lo anterior, es que para Bell el orden político se genera a través del marco jurídico como base de las relaciones entre la justicia y los poderes sociales, consolidando el control legítimo de la fuerza y regulación de los conflictos sociales. El principio central del poder político es la democracia como tipo de gobierno. Esto determina el poder y un gobierno consensuado. Del mismo modo, la igualdad conduce a los grupos "oprimidos" a la búsqueda de justicia en la sociedad. La representación social o participación en la sociedad, se traduce en la conformación de diversos grupos sociales que expresan sus intereses en la sociedad. Una de las contradicciones establecidas por Bell en esta dimensión, tiene relación con que los problemas en la medida que son más técnicos, consideran su solución mediante elementos tecnocráticos. Sin embargo, la propia política se conduce también a través de leyes o constituciones y no sólo por la base tecnocrática³³.

Garay y Salcedo-Albarán sostienen "…la corrupción, en términos de política pública, se ha definido como el abuso de una función pública para obtener beneficios privados excluyentes"³⁴. La interrogante que cabe realizarse respecto

³² BELL, Las contradicciones culturales del capitalismo, ob. cit., p. 24.

³³ BELL, Las contradicciones culturales del capitalismo, ob. cit., p. 24.

³⁴ GARAY, Jorge & SALCEDO-ALBARÁN, Eduardo. Narcotráfico, corrupción y Estados. Bogotá, Colombia, Debate, 2012, p. 33.

al orden político y su relación con el control legítimo de la fuerza como base de la regulación de los problemas sociales, es si el sistema democrático, como principal tipo de gobierno, se encuentra amenazado por el tráfico de drogas y sus delitos conexos. La extensión criminal que genera el tráfico de drogas, supone alianzas de corrupción bajo la estructura política. Por consiguiente, un óptimo marco jurídico que demarque las relaciones entre la justicia y los poderes sociales, independiente de su naturaleza, será relevante para evitar la penetración y debilitamiento de la democracia para un orden político robusto y sustentable.

Sin generar un debate enlazado entre Bell y Touraine, es dable hacer presente que este último plantea que no cree "...que el orden político baste para integrar unas tendencias tan notoriamente contradictorias, pero no puedo decidirme a aceptar la incomunicabilidad con el Otro"³⁵, siendo relevante destacar que el orden político someterá a la sociedad en extremos ideológicos o se generarán transformaciones de las personas sólo en consumidores de "... modelos culturales elaborados por los mercados"³⁶. Anteriormente se ha hecho referencia al factor cultural inmaterial como elemento central del consumo de drogas, así como en el contexto de mercado será el proceso de transformación de consumidores provocado por el tráfico de drogas.

c) La cultura

Bell genera un breve análisis de las definiciones de cultura según diversos autores que debaten en las esferas del conocimiento sociocultural. Las modalidades de la cultura de Bell se traducen como "...situaciones existenciales que afrontan todos los seres humanos, en todos los tiempos, en la naturaleza de la tragedia y el carácter de heroísmo...", "...la tensión entre la naturaleza animal y la humana, los reclamos del instinto y los frenos", "...la cultura se ha fundido con la religión"³⁷.

El carácter subjetivo y relativo de las aproximaciones conceptuales de cultura según Bell, permite generar contextos simbólicos e intangibles, los que presentan vinculaciones con la fuerza que la cultura produciría en el cambio social. Desde luego que la cultura será el elemento central de la justificación del capitalismo, como anteriormente se destacó, tal como menciona Bell "... el impulso modernista, con su justificación ideológica de la satisfacción del impulso como modo de conducta, se ha convertido en el modelo del *imago* cultural"³⁸.

³⁵ TOURAINE, ob. cit., p. 59.

³⁶ TOURAINE, ob. cit., p. 59.

³⁷ BELL, Las contradicciones culturales del capitalismo, ob. cit., p. 25.

³⁸ BELL, Las contradicciones culturales del capitalismo, ob. cit., p. 33.

1.3 La sociedad del riesgo mundial aplicada al tráfico de drogas

Ulrich Beck sostiene que: "Estamos todos en una zona de peligro mundial"³⁹. Es decir, las condiciones de peligro ya no serían locales o meros conflictos centralizados sin conexiones unificadas y afines a otros procesos socioculturales. Es en ese sentido, que el tráfico de drogas constituye un peligro mundial, globalizado y transnacional.

De la misma manera afirma que la "...globalización de los riesgos ha ejercido en la recepción de la sociedad del riesgo"⁴⁰. Es en este contexto, que los procesos de globalización que incluyen diversos componentes: económicos, comunicacionales y culturales; generarían riesgos y por ello conflicto en la sociedad. La criminalidad organizada en todas sus dimensiones, sería un reflejo de un fenómeno globalizado de carácter crítico o como base del peligro mundial. Lo anterior, traducido desde la economía como base del desarrollo del tráfico de drogas a través de los diversos medios y donde el límite geográfico no se reflejaría para los propósitos ilícitos de este delito, particularmente por su relación con la globalización.

Beck sostiene dos interrogantes posibles de contextualizarlas al tráfico de drogas y su expansión territorial geopolítica, a pesar que no lo dicta manifiestamente:

"¿Por qué hay riesgos que están por encima de las fronteras? ¿Cuáles son la funcionalidad y el atractivo de la <<globalización>> de los riesgos y para quién?"⁴¹

Estas interrogantes manifiestan la subordinación del "...riesgo y desigualdad, riesgo y dominio" 42.

Consiguientemente, Beck responde que el peligro sería exportable, tanto en lo que se refiere al espacio como a la temporalidad. En consecuencia, proyecta que las fronteras nacionales no se deben eliminar, por el contrario, deben permanecer como parte de un "requisito"⁴³. Es así que la criminalidad organizada transnacional, preferentemente, movilizaría sus intereses ilícitos según condiciones que le permitan desarrollarse a través de factores de relativismo ético, bajos niveles de seguridad pública, marcos jurídicos debilitados, entre otros elementos determinantes para los beneficios de este tipo de criminalidad.

³⁹ BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo mundial. Barcelona, España, Paidós, 2008, p. 13.

⁴⁰ BECK, La sociedad del riesgo mundial, ob. cit., p. 13.

⁴¹ BECK, La sociedad del riesgo mundial, ob. cit., p. 196.

⁴² BECK, La sociedad del riesgo mundial, ob. cit., p. 196.

⁴³ BECK, La sociedad del riesgo mundial, ob. cit., p. 196.

Como relevante se debe considerar lo planteado anteriormente por Beck, puesto que la relación entre riesgo y peligro, conforma, al menos para este último, ejemplos objetivos y tangibles y que desde la teoría sociológica permitirían sustentar las políticas públicas en materia de resguardo y control de las fronteras terrestres y marítimas para contrarrestar la expansión geográfica de la criminalidad organizada.

Para Beck, los riesgos globales se han generado en todas las sociedades. Las políticas públicas de construcción de nuevas plantas nucleares, forjan peligros inapreciables que son susceptibles de generar conflictos sociopolíticos. El crecimiento vertiginoso de la economía global implica consecuencias para el medio ambiente de la misma manera que los flujos financieros globalizados generados en diversos países, como lo sostiene a través de "...los riesgos financieros globales..." En consecuencia, el tráfico de drogas transnacional, determina procesos globalizados tanto en su crecimiento como mercado ilegal, así como las utilidades financieras que afectan los mercados legales producto del lavado de activos y las ramificaciones aún no diagnosticadas cabalmente respecto al impacto en el medio ambiente producto de los cultivos de coca.

Pero Beck sostiene que tanto las amenazas como la propia inseguridad, son características permanentes de todas las sociedades y se presentan desde siempre para el ser humano. Lo anterior, determina la semántica del riesgo la que ha presentado mayores niveles de presencia y relevancia desde los inicios de la Edad Moderna⁴⁵.

Al hacerse cargo Beck del concepto "guerra de riesgo", producto del cuestionamiento realizado por Martin Shaw cuando sostuvo que los sociólogos que han teorizado sobre el riesgo no han desarrollado atención entre el riesgo y la guerra⁴⁶, Beck construye un análisis sobre los tipos de guerras, el terrorismo, vulnerabilidades, entre otros conceptos. En este sentido, la Guerra Virtual tendría relación con algún aspecto o consecuencia del tráfico de drogas y el lavado de activos, lo que se constituiría como parte de una "nueva" guerra, que se tratará más adelante.

Las "viejas" guerras donde los Estados se enfrentaban entre sí, consideran principios simétricos, donde los actores son reconocidos objetivamente, pues una guerra simétrica permite la identificación de los objetivos políticos, así como de la potencial amenaza del adversario. Las "nuevas" guerras para Beck, serían aquellas "... formas organizadas de violencia privada que sustituyen a las guerras entre Estados e impugnan, vacían y ocupan el lugar del monopolio estatal de

⁴⁴ BECK, La sociedad del riesgo mundial, ob. cit. p. 32.

⁴⁵ BECK, La sociedad del riesgo mundial, ob. cit., p. 20.

⁴⁶ BECK, La sociedad del riesgo mundial, ob. cit., p. 203.

la violencia"⁴⁷. En el contexto del conflicto del tráfico de drogas, el cual podría determinarse por una alta y compleja organización para el cumplimiento de sus objetivos ilícitos, es posible apreciar lo que Beck denomina como una "violencia privatizada y organizada" en la sociedad del riesgo mundial, toda vez que el tráfico de drogas sería una escenificación de los riesgos globales, difusos y con una complejidad relevante de conflictos culturales. Las variadas políticas públicas antidrogas generaron una especie de guerra clásica para su disolución, las cuales en actualidad se encuentran en evaluación sobre su impacto en la sociedad.

En relación a lo anterior, Beck señala que las "nuevas guerras" las generan diversos actores, entre los que destacan la "...red mafiosa que vive del contrabando de armas, el tráfico de drogas y la extorsión a cambio de protección" 48.

Si para Beck el concepto de seguridad ha sido modificado en el siglo XXI, una de las causas fue el terrorismo, aun considerando que no se trataría de una privatización de la violencia en extremo, puesto que no tiene la relación del beneficio del mercado⁴⁹. Consiguientemente, el tráfico de drogas también podría erigirse como parte de ello, más aún cuando tendría directa relación con la privatización de la violencia, puesto que sigue el principio del beneficio del mercado.

En efecto, se podría sostener que la Guerra Virtual es homóloga al límite entre realidad y virtualidad o asimismo denominada "...la guerra de cero muertos" Este tipo de guerra conformaría acciones con una especie de virtualidad unilateral o realidad y virtualidad. Estos conceptos permiten su relación con otros delitos organizados relacionados directamente con el tráfico de drogas y que se configura como de alta relevancia para todos los Estados y, por cierto, el sector privado. En este sentido, el lavado de activos tendría relación con la Guerra Virtual planteada por Beck. Si bien el tráfico de drogas, desde sus manifestaciones primarias violentas como los enfrentamientos entre carteles de drogas o las propias organizaciones criminales, generan muertes asociadas a la violencia social, contrariamente el lavado de activos se visualizaría como una guerra silenciosa a través de los mercados legales que son perjudicados por el ingreso de utilidades provenientes de uno de sus delitos bases, el tráfico de drogas.

Beck sostiene que las consecuencias vivenciadas por la humanidad en la actualidad se encuentran emparentadas por dos procesos sociales, industrialización y modernización. Los enlaces se aprecian mediante el desarrollo de las fuerzas productivas, la integración de los mercados y las relaciones de propiedad y

⁴⁷ BECK, La sociedad del riesgo mundial, ob. cit., p. 204.

⁴⁸ BECK, La sociedad del riesgo mundial, ob. cit., p. 204.

⁴⁹ BECK, La sociedad del riesgo mundial, ob. cit., págs. 205 - 206.

⁵⁰ BECK, La sociedad del riesgo mundial, ob. cit., p. 211.

poder⁵¹. Es el contexto de las fuerzas productivas, como sostiene Beck, que se podrían enmarcar el tráfico de drogas, el cual permite que los flujos capitales circulen en los diversos mercados transnacionales. Las expansiones territoriales de los cultivos ilegales de cocaína superarían los cultivos legales, donde los controles por parte de la criminalidad organizada conforman una fuerza productiva multinacional con determinadas alianzas criminales con el terrorismo. La integración de los mercados de las drogas, son parte de las consecuencias de la demanda de ésta, pues en la actualidad el consumo se puede presentar en cualquier parte del mundo, y, por ende, la droga será canalizada para dar cumplimiento a dicha necesidad. Las relaciones de propiedad y poder permanecen en la esencia de la organización criminal, a pesar que la distribución del poder interno presenta menos permanencia en el tiempo y son reemplazados con mayor rapidez por las sucesiones de mando (cambios de líderes criminales), y el poder externo con una relación directa con la corrupción. En consecuencia, el desarrollo de la criminalidad organizada, también se demuestra a través de la variedad de delitos que pueden llegar a ejecutar trascendiendo las expansiones territoriales, la integración de los mercados y relaciones de propiedad y poder, pues el tráfico de drogas constituye uno de estos, por cierto, vinculándose al uso de armas de fuego, homicidios, secuestros, extorsiones, lavado de activos, entre. La empresa criminal ha logrado determinadas especialidades, sustancialmente por la desarticulación de los carteles de drogas quienes mantenían el monopolio de toda la cadena de valor del mercado de las drogas ilegales a nivel mundial.

Otro de los elementos relevantes que Beck aporta a la sociedad del riesgo mundial, se traduce en las tipologías de los riesgos globales. Este constructo permitiría generar análisis aplicables a tres lógicas de los riesgos: las crisis ecológicas, los riesgos globales financieros y las amenazas terroristas⁵². Considerando estas dimensiones, el tráfico de drogas en un contexto general se relaciona con las crisis ecológicas, como se mencionó anteriormente, los cultivos de arbusto de hoja de coca y los efectos sobre los bosques tanto por la extensión de cultivos, como por el uso de fertilizantes, ha generado consecuencias que se encuentran actualmente en estudio. En los riesgos globales financieros se aprecia el impacto del lavado de activos en los mercados legales, donde la política pública ha construido medidas para controlar este delito. Las amenazas terroristas se financiarían mediante el tráfico de drogas, entre otras maneras. En consecuencia, la extensión geopolítica del tráfico de drogas conlleva a su aplicación como parte de un riesgo mundial.

Beck considera que, en la actualidad, las sociedades han perdido el control de los peligros que la propia modernidad ha generado⁵³. Esta posición debiera

⁵¹ BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo. Barcelona, España, Paidós Básica, 1998, p. 57.

⁵² BECK, La sociedad del riesgo mundial, ob. cit., p. 32.

⁵³ BECK, La sociedad del riesgo mundial, ob. cit., p. 25.

organizar el debate respecto a las políticas de control y prevención del problema mundial de las drogas. El extensivo desarrollo económico, la globalización en las comunicaciones, entre otros fenómenos sociales, conllevan al análisis de las consecuencias de la modernidad, estableciendo la interrogante si la necesidad de consumo de drogas y por efecto lógico, el tráfico para satisfacer dicha demanda, son parte de los peligros mundiales generados por la modernidad.

Pues se podría responder parcialmente la interrogante sostenida en el párrafo antecesor, considerando que para Beck "Somos miembros de una «comunidad de peligro mundial». Los peligros ya no son una cuestión interna de cada país ni un país puede combatirlos solo"⁵⁴. Esta comunidad mundial de peligro mundial se materializa en las extensiones criminales generadas particularmente por el tráfico de drogas. Las estructuras de poder (corrupción), los flujos de capitales y las conexiones territoriales, derivarían como las bases de un peligro mundial.

1.4 El Desanclaje como proceso del tráfico de drogas

Para Giddens, la modernidad se relaciona con las dimensiones de seguridad frente al peligro y la fiabilidad frente al riesgo, lo que hace que la modernidad sea "...un fenómeno de doble filo"⁵⁵. Esta condición genera debates tanto en los aspectos de desarrollo social como de afectación a otros problemas sociales, entre ellos el tráfico de drogas a nivel mundial.

Si bien la modernidad, como modos de vida y organización social⁵⁶, generaron múltiples beneficios de los cuales los seres humanos pueden complacerse a través de una vida más segura y con una distinción mayor a lo recibido en el sistema pre-moderno, también debe suponer que trajo consigo "...un lado sombrío que se ha puesto de manifiesto en el presente siglo"⁵⁷. Esta oscuridad presenta un alcance diverso y afectaría directamente la seguridad de las personas, las comunidades y hasta los propios países, como es el caso del tráfico de drogas en un marco transnacional.

Uno de los elementos nebulosos producto de la modernidad, tuvo relación con el hecho que sociólogos clásicos estudiosos del trabajo industrial moderno no previeron las consecuencias de los problemas que se generaron en el medio ambiente⁵⁸. Por cierto, que estas consecuencias han alcanzado a otras dimensiones de la criminalidad organizada, particularmente a los problemas provocados al medio ambiente por la producción de cocaína, las cuales han afectado la flora nativa de los países asociados a su producción.

⁵⁴ BECK, La sociedad del riesgo mundial, ob. cit., p. 26.

⁵⁵ GIDDENS, Consecuencias de la modernidad. Madrid, España, Alianza Editorial, 2011, p. 15.

⁵⁶ GIDDENS, Consecuencias de la modernidad, ob. cit., p. 15.

⁵⁷ GIDDENS, Consecuencias de la modernidad, ob. cit., p. 20.

⁵⁸ GIDDENS, Consecuencias de la modernidad, ob. cit., p. 21.

Otro de los elementos relevantes de destacar respecto a la problemática no visualizada por las bases clásicas de la sociología, tiene relación con el desarrollo de la organización política cuestionada por determinadas maneras de ejercer el poder⁵⁹. En la actualidad se registran relaciones entre el tráfico de drogas y lo que Garay y Salcedo han denominado la "Captura del Estado y la Reconfiguración Cooptada"⁶⁰, lo que eventualmente se traduciría en un conflicto entre la política, el ejercicio del poder y la criminalidad organizada.

En el debate de la modernidad y los procesos de desarrollo y cambio social, Giddens sostiene que por *Desanclaje* se comprenderá el "<despegar>> de las relaciones sociales de sus contextos locales de interacción y reestructurarlas en indefinidos intervalos espacio-temporales" En este contexto es que las sociedades han registrado etapas del impulso de sociedades tradicionales hacia las características culturales de la modernidad, las cuales, aplicadas a sociedades vinculantes con la producción de drogas ilegales y el tráfico de éstas, supone que se han especializado las funciones de la estructura de las cadenas de valor, con un alcance que supera el tiempo y el espacio local para satisfacer las demandas donde ellas se encuentren.

El tráfico de drogas podría relacionarse con el concepto de «especialización funcional» de Giddens, que permitirá diagnosticar un desarrollo progresivo social, desde las bases agrícolas a sociedades modernas⁶². Estas modificaciones se han especializado en la medida que el *Desanclaje* como parte del despegar, se diversificó en una eficaz organización criminal para la producción de drogas y la distribución a nivel transnacional, adoptando modos de especialización funcional o transformaciones de desarrollo de este tipo de organizaciones.

Profundizando el concepto Desanclaje de Giddens, éste adoptaría dos maneras, la primera como "señales simbólicas" y la segunda, como "sistemas expertos" 63.

Las "señales simbólicas" son consideradas base del sistema económico y de las transacciones en los mercados a través del uso del dinero y los productos o servicios del desarrollo económico⁶⁴. En este sentido, pueden apreciarse a través de los valores asignados a los diversos tipos de drogas ilegales que se comercializan en el mundo. Las determinaciones de los precios de las drogas cobran una real importancia al momento de analizar los mercados y la demanda que los consumidores exigen. Los costos del tráfico de drogas se

⁵⁹ GIDDENS, Consecuencias de la modernidad, ob. cit., p. 21.

⁶⁰ GARAY, Jorge & SALCEDO-ALBARÁN, Eduardo. *Narcotráfico, corrupción y Estados*. Bogotá, Colombia, Debate, 2012, p. 33.

⁶¹ GIDDENS, Consecuencias de la modernidad, ob. cit., p. 32.

⁶² GIDDENS, Consecuencias de la modernidad, ob. cit., p. 32.

⁶³ GIDDENS, Consecuencias de la modernidad, ob. cit., p. 32.

⁶⁴ GIDDENS, Consecuencias de la modernidad, ob. cit., p. 32.

incrementan por la distancia, lo que conlleva gastos operacionales no sólo asignados al transporte como costo logístico, sino el pago de corrupción, entre otros. En este sentido, la aplicación de las señales simbólicas de Giddens presenta una atingencia primordial y que debe estudiarse acabadamente en el mercado de las drogas ilegales, puesto que las consecuencias de las utilidades afectarán los mercados legales globalizados mediante el lavado de activos.

Respecto al segundo concepto (*Desanclaje*), de igual modo denominado "sistema experto", hace referencia a "...sistemas de logros técnicos o de experiencia profesional que organizan grandes áreas del entorno material y social en el que vivimos"⁶⁵. Lo que representa Giddens con dicho concepto, tiene relación con la vinculación de las personas en un contexto de fiabilidad a los profesionales o técnicos en las diversas formas que éstas se representan en la sociedad otorgando confianzas a las personas.

De manera más explícita, Giddens plantea que "La mayoría de las personas profanas, consulta a los «profesionales» - abogados, arquitectos, médicos y así sucesivamente- sólo de forma periódica o regular" 66. En consecuencia, todo el desarrollo de nuestras actividades diarias se relaciona con los sistemas expertos, desde la utilización de las tecnologías en la cual cabe una nula reflexión sobre los aspectos de seguridad y en las cuales generamos procesos lógicos de fiabilidad.

Si relacionamos los sistemas expertos al conocimiento técnico generado por el control social formal (Poder Judicial, Ministerio Público, policías, entre otros), entonces nos representará una fiabilidad experta contra la criminalidad organizada traficante de drogas.

No obstante, Giddens sostiene la confianza entre las personas y los sistemas expertos, donde plantea que "Simplemente al sentarme en mi casa, ya estoy implicado en un sistema experto, o en una serie de tales sistemas, en los que pongo mi confianza..."⁶⁷. De esta manera, es fundamental que los sistemas expertos asociados a los organismos de control social formal, generen la confianza suficiente en la sociedad, lo que evidentemente se complejiza en lo que al control de la oferta del tráfico de drogas hace referencia.

Como complemento, Giddens sostiene que tanto las "señales simbólicas" como los "sistemas expertos" se denominarán "Sistemas abstractos". Es así que se vincularán con las relaciones de fiabilidad, es decir, "compromisos de presencia" y "compromisos anónimos" 68.

⁶⁵ GIDDENS, Consecuencias de la modernidad, ob. cit., p. 37.

⁶⁶ GIDDENS, Consecuencias de la modernidad, ob. cit., p. 37.

⁶⁷ GIDDENS, Consecuencias de la modernidad, ob. cit., p. 37.

⁶⁸ GIDDENS, Consecuencias de la modernidad, ob. cit., p. 81.

En este sentido, los Sistemas abstractos determinan las relaciones a través de una fiabilidad más o menos profunda, siendo para el caso de los compromisos anónimos, una relación de fiabilidad entre las personas y un entorno profesional o técnico⁶⁹. Cuando la ciudadanía demanda seguridad mediante los sistemas expertos o abstractos (control social formal), podrían generarse vinculaciones a lo largo de la vida, pero no establecerían una relación permanente y acabada. Por lo tanto, un factor determinante para el incremento de la fiabilidad que conlleva relaciones técnicas o llamadas por Giddens "compromisos anónimos", implicaría incrementar la relación con la ciudadanía para acrecentar confianzas y prolongar las relaciones técnicas desde la complejidad abstracta a la comunidad.

II. Conclusiones

El presente artículo indaga en la problemática del tráfico de drogas, en particular en el control de la oferta, mediante una aproximación sociológica teórica sobre la criminalidad organizada y sus implicancias políticas, económicas y culturales. Lo anterior, generando la aplicación de los conceptos teóricos de las contradicciones culturales del capitalismo, la sociología del riesgo, el advenimiento de una sociedad post-industrial y las consecuencias de la modernidad según el Desanclaje, entre otros constructos sociológicos.

La base de todo proceso y estructura social se origina mediante una organización, de lo que no estaría eximida la criminalidad misma. Esta relación conceptual pareciera ser forzada, sin embargo, se realiza con fines analíticos, toda vez que el emprendimiento ilegal a través del tráfico de drogas, requiere de una organización racional en lo que refiere a su ordenación y funcionamiento. Se establece la búsqueda de utilidades, optimización de recursos logísticos y humanos, en definitiva, la aplicación de una racionalidad funcional que, consignando las discrepancias éticas, cualquier organización empresarial desarrolla como parte de su proceso de gestión.

De acuerdo a lo planteado por Giddens, las organizaciones criminales establecerían mecanismos cada vez más flexibles, toda vez que se situarán "... fuera del alcance de las iniciativas policiales"⁷⁰. En este sentido, el incremento del control social formal determinaría la dirección de los alcances territoriales del crimen organizado y sus niveles de seguridad.

Las corporaciones transnacionales presentan una relevancia que se ha incrementado en el tiempo, especialmente ligada a la economía mundial. Sus características productivas y laborales registran una alta división del trabajo debido a

⁶⁹ GIDDENS, Consecuencias de la modernidad, ob. cit., p. 85.

⁷⁰ GIDDENS, Sociología, ob. cit., p. 1072.

la especialización de la producción de bienes⁷¹. Las organizaciones criminales transnacionales se conformarían como las bases de las corporaciones transnacionales, constituyéndose como organizaciones altamente especializadas, con división de funciones particulares bajo modalidades de externalización de acciones criminales a otras organizaciones con quienes mantendrían alianzas estratégicas comerciales. En definitiva, las estructuras organizacionales se han consolidado a través de los propios carteles de drogas como representantes del monopolio de la producción y distribución de la droga, aunque la expansión de las organizaciones criminales tendría relación con la ejecución de labores específicas para estos fines criminales.

Considerar que las bases culturales del actual sistema económico generan sus propias contradicciones y sustentan las causas de los fenómenos sociales actuales, supone que las estructuras sociales no serían el principal objeto de estudio para realizar proyecciones sociológicas de la sociedad. Estas estructuras sociales no contendrían la identificación cultural de los actores sociales, es decir, las personas no se identificarían con su clase social la cual fundamenta su estatus, roles y estratificación social, sino que las personas se equipararían a sus estilos de vidas y sus gustos culturales, lo que sitúa como desafío para la sociología, descender del macro análisis social a las bases de una micro sociología para la identificación cultural del capitalismo, el que para Bell se sostiene por la búsqueda del placer o hedonismo.

En relación a la búsqueda del placer o hedonismo por parte de las personas, surgiría una vinculación con los planteamientos de Bauman, quien sostiene que "...los humanos ya no nace a su identidad"⁷², lo que implica que las personas no viven según su clase o posición social, por lo que se generaría la construcción de la identidad mediante factores socioculturales como serían los estilos de vida y los satisfacciones culturales.

En efecto, el desafío sociológico radica en identificar los estilos de vida y sus complacencias como parte de las tendencias socioculturales, las que podrían tener relación con la demanda de drogas ilegales. Este análisis etnográfico, generará información suficiente para las proyecciones o prognosis social, las que permitirían las visualizaciones futuras de los cambios sociales y con ello aportar, mediante la vigilancia epistemológica, antecedentes para la toma de decisión para el sistema de control social formal.

La sociedad del riesgo definida por Ulrich Beck, sostiene que nos encontramos en una zona de peligro mundial producto, entre otros factores, de los riesgos

⁷¹ GIDDENS, Sociología, ob. cit., p. 941.

⁷² BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad líquida*. 4ª ed., Buenos Aires, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 37.

de la globalización. El mercado de las drogas constituye un despliegue desde los centros de producción y fabricación hasta los lugares de consumo, independiente de las distancias geográficas, lo que podría traducirse es una exportación de los peligros; frente a lo que Beck plantea la necesidad de incrementar las fronteras para mermar los peligros mundiales.

La sociedad del riesgo requiere de una exigencia para la minimización de sus consecuencias y, en ese sentido, Beck sostiene que las fronteras deben ser un "requisito". En particular, lo asociamos a las actuales políticas públicas que generarán un incremento del control de los delitos organizados transnacionales. De esta misma manera, el control de las fronteras permitiría reducir los peligros de la globalización, incidido por el tráfico de drogas transnacional, entre otros delitos organizados.

El tráfico de drogas se conformaría como parte de una "nueva" guerra, en la cual no se aprecian simetrías generadas por las "viejas" guerras entre los Estados. Los delitos organizados transnacionales determinarían estas nuevas guerras a través de una privatización de la violencia organizada, donde se reconocen diversos conflictos entre las organizaciones criminales y éstas contra el control social formal.

Por otra parte, Beck sostiene que las lógicas de los riesgos (crisis ecológicas, riesgos globales financieros y amenazas terroristas) serían las consecuencias de la sociedad del riesgo mundial. Estas lógicas deben identificarse, las cuales serían parte del problema de las drogas, puesto que se podrían generar crisis ecológicas producto de los cultivos y usos de químicos. Los riesgos globales financieros serían generados por el lavado de activos. Y en el caso de las amenazas terroristas, podría generarse el financiamiento de sus acciones a través del tráfico de drogas. En este sentido, se vinculan las tres lógicas de los riesgos a la sociedad derivados del tráfico de drogas.

Para Giddens, el *Desanclaje*, contendría dos elementos principales: "señales simbólicas" y "sistemas expertos". Ambos conceptos, también, los denominaría "sistemas abstractos". Este sistema sería utilizado por las personas al momento de requerir una atención experta, técnica o profesional. Esta solicitud se aprecia en todas las acciones cotidianas de las personas. En definitiva, los sistemas abstractos conformarían un entramado social complejo respecto a las actividades de los actores sociales a través de los medios de intercambio (señales simbólicas) y producción de conocimiento técnico (sistemas expertos) que se despegan desde circunstancias de interacción local.

El Desanclaje asociado a los dos conceptos anteriormente expuestos, permite apreciar la fiabilidad comprometida en las organizaciones sociales modernas, las que podrían vincularse al hecho de la demanda de seguridad pública por parte de la sociedad. Los sistemas expertos o abstractos en su dimensión general, determinarían seguridad hacia la sociedad, especialmente de carácter

técnica como son los organismos de control social formal. En el caso del tráfico de drogas, las policías y la persecución penal en general, generarían fiabilidad y se conformarían como componentes técnicos-profesionales de la seguridad pública.

III. Bibliografía

BAUMAN, *Zygmunt. Modernidad líquida*. 4ª ed., Buenos Aires, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2005.

BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo. Barcelona, España, Paidós Básica, 1998.

BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo mundial. Barcelona, España, Paidós, 2008.

BELL, Daniel. *El advenimiento de la sociedad post-industrial*. 5ª ed., Madrid, España, Alianza Universidad, 2001.

BELL, Daniel. Las contradicciones culturales del capitalismo. 7ª ed., Madrid, España, Alianza Editorial, 2004.

BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude & PASSERON, Jean-Claude. *El oficio del sociólogo: presupuestos epistemológicos.* 2ª ed., Ciudad de México, México, Siglo Veintiuno, 2008.

ETZIONI, Amitai. Organizaciones Modernas. México, Unión Tipográfica Editorial, 1979.

GARAY, Jorge. & SALCEDO-ALBARÁN, Eduardo. *Narcotráfico, corrupción y Estados*. Bogotá, Colombia, Debate, 2012.

GIDDENS, Anthony. *Sociología*. 7ª ed., Madrid, España, Alianza Editorial, 2017.

GIDDENS, Anthony. Consecuencias de la modernidad. Madrid, España, Alianza Editorial, 2011.

KERLINGER, Fred. Investigación del comportamiento. 4ª ed., México, McGraw-Hill, 2002.

LABROUSSE, Alain. Geopolítica de las drogas. Santiago, Chile, LOM, 2012.

RUIZ, José. Sociología de las Organizaciones. Bilbao, España, Universidad de Deusto, 1995.

TOURAINE, Alain. ¿Podremos vivir juntos? Buenos Aires, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2000.

UNIDAD DE GOOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

EXTRADICIÓN PASIVA PARA CUMPLIMIENTO DE CONDENA

Tribunal: Ministro Instructor Corte Suprema

Resumen:

Con fecha 22 de agosto de 2018, la Ministra de la Corte Suprema Sra. Andrea Muñoz Sánchez, conociendo en primera instancia de una solicitud de extradición, conforme lo dispuesto en el artículo 441 del Código Procesal Penal¹, resolvió acceder a la misma, poniendo al imputado a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores con la finalidad de ser entregado a las autoridades del Estado requirente. Dicho fallo no fue objeto de recurso alguno por parte del requerido², encontrándose en consecuencia ejecutoriado³.

La solicitud de extradición fue formulada por la República de Colombia, al amparo de la regulación contenida en el Tratado de Extradición suscrito por ambos países en Bogotá el 16 de noviembre de 1914, y que entró en vigor el 4 de agosto de 1929⁴. La petición se fundaba en la condena dictada en contra del requerido por la sala penal del Tribunal Superior del Distrito de Buga por su participación en calidad de coautor del delito de homicidio agravado⁵. En

¹ La norma dispone: "Art. 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, 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 éste último. Si se hubieren pedido tales medidas, el conocimiento de la petición y los antecedentes se suministrarán al imputado una vez que las mismas se hubieren decretado".

² De acuerdo a lo previsto en el artículo 450 del Código Procesal Penal, en contra de la sentencia que se pronuncia sobre la extradición proceden los recursos de apelación y el de nulidad, éste último sólo por las causales contenidas en los artículos 373 letra a) y 374 del mismo cuerpo legal. Ambos recursos pueden deducirse de forma conjunta y son conocidos por la Corte Suprema de conformidad con las reglas generales.

³ Certificación emitida con fecha 3 de septiembre de 2018. En la misma fecha, la Ministra Instructora ordena dar cumplimiento a lo decretado en su fallo.

⁴ Luego de que ambos Estados culminaran los respectivos procesos de aprobación o ratificación doméstica. En Chile, el Tratado fue promulgado por Decreto 1472 del 18 de diciembre de 1928 y publicado en el Diario Oficial el 7 de enero de 1929; en Colombia, fue aprobado mediante Ley 8 de 1928.

⁵ Considerando cuarto del fallo.

otros términos, la solicitud de extradición tenía por finalidad que el imputado retornara al territorio del Estado requirente a objeto de *cumplir una condena* que se le había impuesto, y no para su *juzgamiento*.

Sin embargo, y tal como reconoce el requirente y luego plasma la sentenciadora en el considerando cuarto del fallo, la sentencia de segunda instancia dictada por el tribunal colombiano no estaba ejecutoriada, encontrándose pendiente la resolución de un recurso extraordinario de casación interpuesto ante la Corte Suprema de Justicia por su defensa. En este escenario, cabe preguntarse si, en primer lugar, una sentencia condenatoria no ejecutoriada es *idónea* para fundar una solicitud de extradición cuyo objeto sea su cumplimiento; o si, por el contrario, debiéramos tratar estos casos como aquellos de extradición con fines de *juzgamiento*, hipótesis en la cual cobra relevancia el análisis sobre las diferencias existentes entre ambas clases de extradición.

La sentencia, con una mirada pragmática, razona en primer lugar sobre la base de los estadios procesales en los que puede encontrarse el *juzgamiento*, en términos amplios, de un delito *extraditable*: si el Tratado hace procedente la extradición cuando existe acusación, con mayor razón es procedente al existir una decisión condenatoria, aunque ésta no se encuentre ejecutoriada (considerando décimo)⁶. Luego, y recurriendo al tenor literal del Tratado, destaca que el mismo no exige que la sentencia se deba encontrar ejecutoriada.

Análisis similares pueden encontrarse en sentencias anteriores de extradición pasiva. Así, por ejemplo, en autos Rol N° 94.999-2016:

"Siendo así, la inexistencia de una certificación de ejecutoria del fallo no constituye obstáculo para acceder al pedido de extradición si se considera que para los efectos de solicitar la extradición el artículo 5° de la Convención de Montevideo, a que antes se ha hecho mención, sólo exige la existencia de una orden de prisión en contra del reclamado y, por otra parte, tal como ha hecho valer el Ministerio Público y resuelto la jurisprudencia de esta Corte Suprema, el artículo 13 del Código Procesal Penal impone al Estado de Chile la obligación de respetar las sentencias penales extranjeras, lo que ciertamente no obstaculiza los derechos que el imputado pueda hacer valer ante el tribunal que le impuso la condena".

⁶ Artículo I del Tratado: "Las Altas Partes contratantes se comprometen a entregarse recíprocamente los individuos que, acusados o condenados en uno de los dos países como autores o cómplices de alguno o algunos de los delitos enumerados en el artículo 2°, cometidos, intentados o cuya ejecución se hubiere frustrado dentro de los límites jurisdiccionales de una de las Partes contratantes, se hubieren refugiado en el territorio de la otra".

Un argumento algo diferente es el que utiliza el Ministro Instructor al fallar un pedido de extradición de la República Argentina, en autos Rol N° 11.387-2015:

"Del relato efectuado, consta que en la sentencia del tribunal argentino no solo se condenó al requerido por el delito de abuso sexual con acceso carnal, sino que además se decretó su prisión preventiva y detención respectiva. Sin perjuicio de encontrarse pendiente los plazos para recurrir contra dicha sentencia, el requerido M. realizó acciones tendientes a eludir las órdenes judiciales emanadas en su contra.

En cuanto al hecho de que la sentencia que funda la extradición no se encontraría ejecutoriada en cuanto a la orden de condena, dicho fallo sí causa ejecutoria, esto es, se trata de un pronunciamiento judicial no firme que admite ejecución por medios coactivos. Y, en todo caso, sí se encuentra firme la orden de prisión preventiva contenida en la referida sentencia".

Por otra parte, destaca el valor que en sede probatoria le da a la sentencia condenatoria extranjera, aunque no esté ejecutoriada, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 13 del Código Procesal Penal. Al respecto, en el considerando noveno señala:

"Así las cosas, la existencia de una sentencia condenatoria emanada de un tribunal del Estado requirente, que contiene el debido análisis y ponderación de la prueba rendida en el proceso, en virtud del cual concluye que el acusado es responsable de los hechos que se le imputan, proporciona un fundamento serio y grave, que cumple el estándar que permite dar por concurrente el requisito de la letra c) del artículo 449 citado.

No cabe a este tribunal, dada la naturaleza del presente procedimiento, llevar a cabo elucubraciones propias acerca de la decisión adoptada por un fallo extranjero ni está llamado a sustituirlo en la valoración de la prueba, razón por la cual se desestimará la defensa del requerido que se refiere a la insuficiencia probatoria de las acusaciones".

En el mismo sentido, en fallo Rol N° 41.810-2017, confirmado por la Sala Penal de la Corte Suprema, se señaló:

"Por lo demás, en el caso particular existe una sentencia condenatoria firme dictada por un tribunal extranjero, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de nuestro Código Procesal Penal, tiene valor en Chile, no correspondiendo a este instructor calificar la ponderación o análisis de los antecedentes y medios probatorios efectuados por la magistratura colombiana que condenó a...".

Texto Completo:

Santiago, veintidós de agosto de dos mil dieciocho.

Vistos:

Mediante oficio reservado N°002164, de 4 de mayo de 2018, el Subdirector de asuntos jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, señor Alvaro Arévalo Cunich, remitió a esta Corte Suprema nota diplomática proveniente de la embajada de Colombia, a través de la cual solicita, en conformidad a lo dispuesto en el artículo XII del Tratado de Extradición suscrito entre ambos países el 16 de noviembre de 1914 y demás disposiciones legales aplicables en la especie, la detención preventiva con fines de extradición del ciudadano colombiano Johnny Armando Portocarrero Vargas, cédula de ciudadanía N°1.113.632.109, requerido por el delito de homicidio agravado, remitiendo al efecto, el Oficio S-213 de 11 de abril de 2018 de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Dicho oficio, suscrito por la magistrada del referido tribunal, doña Martha Liliana Bertín Gallego y dirigido a la Directora de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, justifica la solicitud señalando que en contra de Portocarrero Vargas recae orden de captura con ocasión de la sentencia condenatoria de 30 de junio de 2017, que lo halló penalmente responsable del delito de homicidio agravado y lo condenó a 35 años de prisión y a la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones

públicas por un período de 20 años. Acompaña copia de la sentencia dictada en Guadalajara de Buga, el 30 de junio de 2017, en la causa radicada N°:76520-60-00-180-2014-00403-02/AC-084-17, dos oficios de la Policía Nacional INTERPOL SIJIN DICAR (S-2018 102022 y 009516) y formulario de Notificación de Solicitud de Notificación Roja.

Con fecha 9 de mayo de 2018 se despachó orden de detención provisional con fines de extradición del ciudadano colombiano requerido Johnny Armando Portocarrero Vargas, el que fue habido por la Policía Investigaciones de Chile con fecha 28 de mayo de los corrientes y, previas las diligencias de rigor, presentado a audiencia de control de detención ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, con fecha 29 de mayo, donde luego de comunicársele los motivos de su detención, se dio orden de ingreso en detención previa al Centro de Detención Preventiva Santiago Uno. Se ofició al Ministerio de Relaciones Exteriores haciéndose presente que el Estado requirente debía formalizar el pedido de extradición dentro del plazo de dos meses, contados desde que tomase conocimiento de la detención previa antes referida, conforme al Tratado de 1914 y artículo 442 del Código Procesal Penal chileno.

Con fecha 15 de junio de 2018, a petición de la defensa del requerido, se celebró audiencia de revisión de la medida cautelar, manteniéndose la detención previa decretada en autos.

Con fecha 23 de julio de 2018, el Ministerio de Relaciones de Exteriores de Chile, mediante oficio N°07374, informó que la misión diplomática de Colombia fue notificada de la detención previa del ciudadano requerido Portocarrero Vargas con fecha 14 de junio de 2018.

Con fecha 6 de agosto de 2018 se recibió oficio N°03856 de la Directora General de Asuntos Jurídicos de la Cancillería, mediante el cual envía la nota diplomática de la embajada de Colombia de fecha 31 de julio de 2018, ECLSTG N°167, que remite el Oficio OFI18-0020694-DAI-1100 de 23 de julio de 2018, procedente del Ministerio de Justicia y del Derecho de ese país, con el cual se cursa la solicitud formal de extradición del ciudadano colombiano Johnny Armando Portocarrero Vargas, contenida en el Oficio de 12 de julio de 2018, emanado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga y sus correspondientes anexos, debidamente apostillados, sosteniendo que la solicitud formal de extradición se funda en el artículo 11 del Tratado de Extradición celebrado entre la República de Colombia y la República de Chile, en Bogotá el 16 de noviembre de 1914. Los antecedentes que se adjuntan son los siguientes: 1.- Oficio S-318 de 13 de julio de 2018, a través del cual la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga adjunta la comunicación de 12 de julio de 2018, en que la magistrada Martha Liliana Bertín Gallego solicita formalmente la extradición del ciudadano Johnny Armando Portocarrero Vargas, ante la República de Chile; 2.- copia auténtica de la tarjeta decadactilar emitida por la Registraduría Nacional del Estado Civil a nombre de Portocarrero Vargas y documento de la DIJIN de la Policía Nacional, para establecer la identidad del mencionado ciudadano; 3.- copia auténtica de la orden de captura vigente emitida el 17 de julio de 2017 en contra de Johnny Armando Portocarrero Vargas; 4.- copias auténticas de las sentencias de primera y segunda instancia dictadas en el proceso penal seguido en contra del requerido, ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito, Palmira-Valle del Cauca y Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, N° de 76-520-6000-180radicación: 2014-00403-00 y 76-520-6000-180-2014-00403-02/AC-084-17, respectivamente; 5.- normas aplicables y 6.- algunas piezas procesales.

Con el mérito de la solicitud descrita se citó a la audiencia del artículo 448 del Código Procesal Penal, para el día 17 de agosto de 2018, la que se llevó a cabo con la presencia del requerido, su apoderado y el representante del Ministerio Público, por el Estado requirente.

Al término de la referida audiencia, el tribunal propuso a las partes debatir sobre la medida cautelar que pesa sobre el requerido (detención previa con fines de extradición), atendido que existe un pedido formal de extradición, decidiendo, una vez oídos los intervinientes, que atendida la naturaleza y gravedad del delito imputado, el peligro de fuga y que no ha habido modificación de las circunstancias, corresponde decretar su prisión preventiva.

Con lo relacionado y considerando:

Primero: Que, como señala Garrido Montt, la extradición es un sistema utilizado desde hace siglos entre las naciones, que permite que una de ellas entregue un sujeto que se encuentra en su territorio para que sea juzgado por otra que lo solicita, en razón de las relaciones que se mantienen entre los diversos países. Al día de hoy nadie duda que se está en presencia de una verdadera institución, que opera en el quehacer internacional aún sin la existencia de tratados o reglas específicas, conforme a usos y principios que se han mantenido en el tiempo. Su naturaleza jurídica es discutible, desde que mientras algunos ven en ella un acto de asistencia jurídica, otros la califican como una institución de reciprocidad o incluso como un contrato de derecho internacional (Garrido Montt, Mario, Derecho Penal, parte general, tomo I, Editorial jurídica, año 1997, página 143 y ss.).

Segundo: Que, las fuentes de la extradición están constituidas, básicamente, por las normas de derecho interno, contenidas en nuestro ordenamiento jurídico en el Libro IV, título VI, párrafo 2°, relativo a la Extradición Pasiva, artículos 440 a 454 del Código Procesal Penal y por las de derecho internacional, específicamente, por los tratados suscritos por Chile sobre la materia y, en su defecto, por los principios de derecho internacional.

Tercero: Que, la República de Colombia solicitó formalmente la extradición del ciudadano colombiano Johnny Armando Portocarrero Vargas, invocando el Tratado sobre Extradición suscrito con nuestro país el 16 de noviembre de 1914, promulgado en Chile por Decreto 1472 de 18 de diciembre de 1928 y publicado en el Diario Oficial el 7 de enero de 1929, y en la República de Colombia aprobado mediante la ley 8 de 1928, entrando en vigor definitivo el 4 de agosto de 1929.

De acuerdo a lo expresado en el artículo I, las partes contratantes "se comprometen a entregarse recíprocamente los individuos que, acusados o condenados en uno de los dos países como autores o cómplices de alguno o algunos de los delitos enumerados en el artículo 2°, cometidos, intentados o cuya ejecución se hubiere frustrado dentro de los límites jurisdiccionales de una de las partes contratantes, se hubieren refugiado en el territorio de la otra".

Cuarto: Oue la. mencionada solicitud de extradición se funda en que el requerido Johnny Armando Portocarrero Vargas, en detención preventiva en Chile desde el 29 de mayo de 2018, fue condenado en virtud de sentencia judicial de segunda instancia dictada por la sala penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, radicado: 76520-60-00-180-2014-00403-02/ AC-084-17, como coautor del delito de homicidio agravado, librándose la correspondiente orden de captura. Indica que los hechos que dieron origen a la referida causa, sostenidos por la Fiscalía General de la Nación en el escrito de acusación, fueron los siguientes:

"Los hechos tuvieron ocurrencia la noche del miércoles 5 de marzo de año dos mil catorce (2014), en la vía pública, sector despoblado, inmediaciones de la Universidad Antonio Nariño, corregimiento La Herradura, comprensión municipal de Palmira Valle, a eso de las 19.30 horas, cuando el ahora acusado Johnny Armando Portocarrero Vargas, acompañado de otras personas hasta el momento desconocidas (dos), actuando bajo un mismo designio criminal, bajo la modalidad de división del trabajo (coautoría impropia), utilizando arma de fuego y objeto contundente. Agreden y lesionan al joven universitario y prestamista David Fernando López Jiménez de veinte (20) años de edad, a quien previamente conducen hasta ese lugar en su propio vehículo con el señuelo de hacerle creer que estaban buscando a un cliente o deudor de nombre Manuel Franco, que residía en ese corregimiento, para causarle la muerte con sevicia, proceder a hurtarle sus pertenencias y luego huir de ese lugar. El motivo de aquel injusto radica en conflictos de orden económicos surgidos entre la víctima y su trabajador Johnny Armando Portocarrero Vargas, derivados precisamente de la actividad de prestamistas en la clase "gota a gota" o "paga a diario", que ambos ejercían en esa ciudad desde finales del año pasado (2013)".

Explica que la imputación jurídica a Portocarrero Vargas por los hechos descritos fue la de homicidio agravado en concurso con el delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y con el de hurto calificado y agravado. Cita las normas pertinen-

tes del Código Penal colombiano, artículos 58: circunstancias de mayor punibilidad; 103: homicidio; 104: circunstancias de agravación; 239: hurto; 241: circunstancias de agravación punitiva; artículo 365: fabricación, tráfico y porte de armas de fuego municiones. Refiere el estado del proceso, señalando que se dictó sentencia de primera instancia de carácter absolutorio, pero el Tribunal Superior de Buga revocó dicha absolución para en su lugar condenarlo, bajo los términos antes especificados. Agrega que actualmente el asunto se encuentra en la Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal, pendiente de que se resuelva el recurso extraordinario de casación (admisión de la demanda y de superarse, la decisión de fondo respecto de la causal invocada por el demandante).

En cuanto a la prescripción de la acción penal, señala que los hechos tuvieron ocurrencia el 5 de marzo de 2014, es decir, conforme a lo establecido en el artículo 83 del Código Penal y el máximo de la pena del homicidio agravado, la acción penal prescribiría el 5 de marzo de 2034, sin embargo, dicho término fue interrumpido el 27 de abril de 2015, fecha de la formulación de la imputación y desde esa fecha comenzó a correr de nuevo el plazo, pero por un lapso igual a la mitad de la pena máxima del delito investigado, que para el caso concreto serían 10 años, los cuales se habrían cumplido el 27 de abril de 2025, si no fuera porque se interrumpió nuevamente el 30 de junio de 2017 con la emisión de la sentencia de segunda instancia.

Quinto: Que en la audiencia verificada en conformidad al artículo 448 del Código Procesal Penal, esta ministra instructora informó al requerido su derecho a acceder a una extradición simplificada, quien desechó tal alternativa y manifestó su intención de seguir adelante con el procedimiento.

Conferida la palabra al apoderado del Ministerio Público, en representación de los intereses del Estado requirente, éste da cuenta de los antecedentes que fundan la solicitud de extradición. Invoca el artículo XIII del Tratado de Extradición aplicable en la especie, en virtud del cual la demanda de extradición, en cuanto a sus trámites, a la apreciación de la legitimidad de su procedencia y a la admisión y calificación de las excepciones con que pudiese ser impugnada por parte del reo o prófugo reclamado, quedará sujeta, en cuanto no se oponga a lo prescrito en dicho Tratado, a las leyes respectivas del país de refugio. Luego analiza los requisitos de forma exigidos en el artículo XI del Tratado, los que da por cumplidos; se refiere, a tal efecto, a la sentencia de primera instancia, absolutoria, y a la de segunda, que condena al requerido. En relación a los requisitos de fondo, hace un análisis de los antecedentes en relación a lo dispuesto en el artículo 449 del Código Procesal Penal y en el Tratado aplicable, entendiendo que se cumple con cada uno de ellos.

En cuanto al requisito del artículo 449, letra a) del Código Procesal Penal, señala que no existe duda sobre la identidad del requerido,

correspondiendo a la misma persona que se encuentra presente en la audiencia y que asistió a la de revisión de cautelar, lo que, además, se encuentra determinado con sus antecedentes filiatorios y huellas dactilares acompañadas a la causa.

En lo referente a la letra b) de la citada norma, indica que el Tratado bilateral contempla expresamente el delito de homicidio en el listado del artículo II que establece el catálogo de los delitos extraditables y, respecto de la pena mínima exigida (no menos de un año de prisión o reclusión), tanto en Colombia como en Chile, el delito de homicidio es sancionado con una pena superior a un año. Agrega que el requerido ha sido condenado en su país a 35 años de prisión, como pena efectiva, en tanto que en Chile, el artículo 391 N°1 del Código Penal contempla el homicidio calificado, que es castigado con una pena que comienza en 15 años y un día de presidio y puede llegar hasta el presidio perpetuo. En el caso de autos, el hecho corresponde a un homicidio calificado por haberse efectuado con alevosía, agravante que también se encuentra contemplada en Chile, por lo que encontrándose tipificado el delito y la agravante aplicada en ambos países, se cumple con el principio de doble incriminación. Indica que se trata de un delito común, que no existe cosa juzgada ni hay investigación previa en nuestro país, y no se encuentra prescrita la pena en Colombia, ni en Chile, debiendo primar las reglas del país requerido. Señala que Portocarrero no tiene otras causas pendientes en nuestro país.

En lo que refiere a la letra c) de la norma en comento, señala que el estándar de convicción es de acusación y que el presente procedimiento es un antejuicio de mérito que no tiene por objeto juzgar los hechos ni determinar la inocencia o culpabilidad del imputado, como lo han establecido numerosos fallos de esta Corte Suprema, entre los cuales cita los roles N°2510-2012, 45381-2016 y 716-2011. Sostiene que el fundamento de la institución de la extradición es la comunidad de intereses existente entre los Estados, de manera que se ha entendido como un instrumento de cooperación entre aquéllos, tendiente a no dejar impunes delitos de cierta gravedad.

Asimismo, cita el fallo rol 41.810-2017 para fundar que no le corresponde al Estado requerido determinar la forma de cumplimiento de una sentencia extranjera ni ponderar los antecedentes que se tuvieron a la vista por el tribunal que dictó sentencia, cuando la extradición se pide para ese propósito. A continuación señala que no se exige que la sentencia esté ejecutoriada para acceder a la extradición, advirtiendo que este es un punto sobre el cual puede abrirse debate; fundamenta su aseveración señalando que el Tratado no hace diferencia a este respecto, sólo habla de sentencias condenatorias, además, permite la extradición si hay solo acusación e incluso en caso de delitos frustrados y cita los argumentos que, en apoyo de su postura, contienen los fallos rol 2861-2017, referido a un caso similar con el mismo delito y Estado requirente, 94.999-2016 y 11.387-2015, todos confirmados por la segunda sala de esta Corte.

Relata finalmente los hechos y la ponderación de la prueba efectuada en la sentencia condenatoria. Por los argumentos expuestos, existiendo antecedentes suficientes y una sentencia condenatoria que pondera todos los elementos recabados para llegar a la conclusión que el requerido es responsable de los hechos imputados en calidad de coautor, pide se conceda la extradición solicitada con el objeto que cumpla la sentencia dictada en su contra.

El tribunal hace presente que no se ha ofrecido prueba por ninguna de las partes en la oportunidad legal; a continuación pregunta al requerido si desea prestar declaración, quien manifiesta su voluntad de guardar silencio.

Ofrecida la palabra a la defensa del requerido, su apoderado destaca que la sentencia condenatoria no se encuentra firme y que la de primera instancia fue absolutoria por insuficiencia probatoria. Hace presente que ninguna de las pruebas aportadas sitúa a su defendido en el lugar de los hechos por los que fue condenado. Indica que sólo existe una declaración de la novia de la víctima señalando que éste le contó por teléfono que habría hablado con su representado, pero no hay ningún antecedente que de cuenta que Portocarrero estuvo con él el día de los hechos; refiere que las pericias sobre los celulares no acreditan que sea la voz del requerido y que los videos lo muestran bajándose de un taxi.

Reitera la inocencia de su defendido y sostiene que mientras la sentencia no esté firme no hay nada que cumplir. Agrega que el propósito por el cual se requiere a su representado se puede perfectamente satisfacer en nuestro país, prolongando su detención hasta que se resuelva el recurso pendiente en Colombia. A su juicio dificilmente puede haber cambiado la falta de mérito probatorio que en primera instancia llevó a absolver al requerido.

Por todo lo anterior solicita que se rechace la solicitud de extradición.

representante del Ministerio Público termina señalando que el pedido de extradición no es para juzgamiento sino para el cumplimiento de una sentencia extranjera y que no corresponde juzgar los antecedentes por los cuales el tribunal colombiano decidió condenar al requerido. Asimismo, indica que la extradición no tiene por objeto mantener la prisión preventiva mientras no se resuelva un eventual recurso de casación, y agrega que si bien la sentencia no está ejecutoriada, causa ejecutoria y justamente no se puede ejecutar porque el requerido no se ha presentado a la justicia. Aclara que la orden de captura emitida en contra del requerido no se libra para pedir la extradición, sino que se ordena en la sentencia, dentro de su parte resolutiva, para asegurar el cumplimiento de la misma.

Sexto: Que, en conformidad a lo previsto en el artículo 449 del Código Procesal Penal, el tribunal que conoce de la solicitud de extradición pasiva concederá la extradición, si estimare comprobada la existencia de las siguientes circunstancias:

- La identidad de la persona cuya extradición se solicitare;
- b. Que el delito que se le imputare o aquel por el cual se le hubiere condenado sea de aquellos que autorizan la extradición según los tratados vigentes o, a falta de éstos, en conformidad con los principios del derecho internacional, y
- 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.

Séptimo: Que, con el mérito de los antecedentes que obran en autos, corresponde determinar la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 449 del Código Procesal Penal, antes transcrito.

Con respecto a la identidad de la persona cuya extradición se solicitare, previsto en la letra a) de la citada norma legal, los antecedentes de identificación acompañados por el Estado requirente son coincidentes con aquellos constatados por la Oficina Nacional Central Interpol, según informe policial de 28 de mayo de 2018, emitido con motivo de la detención de Johnny Armando Portocarrero Vargas. En tal condición fue sometido a control de detención ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago y ha comparecido ante este tribunal a las audiencias respectivas, sin que existiera discusión sobre su identidad, por lo que dicho requisito se dará por cumplido.

En relación al requisito de la letra b), el delito por el que se pide la extradición cumple las exigencias contempladas en el Tratado de 1914. En efecto, en primer lugar, el delito por el que encuentra condenado el requerido es el de homicidio, tipo penal que se encuentra dentro del listado de los crímenes o simples delitos por los que se concederá la extradición, según lo previsto en artículo II del Tratado antes aludido. Asimismo, el homicidio es un delito que se encuentra tipificado tanto en el Estado requirente como en nuestro país, y ambas legislaciones reconocen, además, la agravante de alevosía que establece como concurrente la sentencia condenatoria. Consta de las normas acompañadas por el Estado requirente, que el artículo 103 del Código Penal describe el homicidio como "el que matare a otro", castigándolo con una pena aumentada por el artículo 14 de la ley 890 de 2004 consistente en prisión de 208 a 450 meses, la que se agrava hasta 600 meses de prisión si concurre alguna de las circunstancias previstas en el artículo 104 del mismo cuerpo legal, entre las cuales, su N°7 contempla la de "colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad aprovechándose de su situación". Por su parte, el artículo 391 de nuestro Código Penal establece que "El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado con: 1°) presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes: Primera, Con alevosía". En consecuencia, es posible establecer, además, que

se cumple con el principio de la doble incriminación, esto es, que los hechos estén tipificados como delito por las leyes del Estado requirente y del Estado requerido. En cuanto al requisito de mínima gravedad, el Tratado bilateral de Extradición aplicable exige, en su artículo II inciso final, que los delitos sean punibles con una pena corporal de no menos de un año de prisión o reclusión, lo que, a la luz de las normas antes examinadas, se cumple sobradamente en especie. Asimismo, el delito por el que se pide la extradición es un delito común y no político, como lo exige el artículo III del Tratado, el requerido no ha sido objeto de persecución penal por el mismo delito en Chile, y la acción penal no se encuentra prescrita, lo que satisface lo previsto en el artículo V de la Convención. Respecto de este último punto, cabe señalar que el artículo 83 del Código Penal colombiano establece que la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, sin perjuicio de las normas especiales que rigen en relación a la interrupción. Teniendo presente que los hechos por los que se persigue al requerido ocurrieron el 5 de marzo de 2014 y que dicho término fue interrumpido al 27 de abril de 2015, fecha de la imputación, es claro que la acción no se encuentra prescrita. Otro tanto puede decirse, a la luz de lo previsto en el artículo 94 en relación al artículo 391 N° 1 regla primera de nuestro ordenamiento penal, que lleva a concluir que la prescripción de la acción penal en este caso es de 15 años, contados desde la perpetración del delito.

Concluyendo el análisis de este punto, es posible sostener que se satisfacen las condiciones de extraditabilidad previstas en el Tratado de 1914 aplicable en la especie.

Octavo: Que corresponde, pues, determinar si se cumple con el tercer requisito previsto en el citado artículo 449 del Código Procesal Penal, para la procedencia de la extradición, consistente en 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" (letra c).

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 debe ser asimilado a lo establecido en el artículo 248 del Código Procesal Penal, en su letra c), 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". Lo anterior obliga a preguntarse, entonces, si los antecedentes aportados proporcionan este fundamento serio, grave, o de consideración, que justifique la entrega del individuo requerido conforme a lo solicitado, cuestión que se pasará a examinar.

Noveno: Que de los antecedentes acompañados por el Estado requirente y relacionados por el Ministerio Público en audiencia del artículo 448 del Código Procesal Penal, resulta un hecho indiscutido que con fecha 30 de junio de 2017 la sala penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial

de Buga de la República de Colombia dictó sentencia condenatoria en contra de Johnny Armando Portocarrero Vargas, como coautor del delito de homicidio agravado en la persona de David Fernando López Jiménez, imponiéndole la pena principal de 35 años de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período de veinte años, revocando en esta parte la sentencia del Segundo Juzgado Penal del Circuito de Palmira, que lo había absuelto de dicho cargo.

Consta asimismo que la referida sentencia negó al sentenciado la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y que libró la correspondiente orden de captura inmediata en su contra. En cuanto al estado actual del proceso, no se encuentra discutido que existe un recurso de casación deducido por el condenado en contra de la referida sentencia, pendiente de resolución en la Corte Suprema colombiana.

La lectura del fallo permite observar que éste centra su análisis en la determinación de la responsabilidad del acusado por los hechos que se le imputan -ya descritos en el motivo cuarto- a la luz de la prueba rendida en el juicio oral donde había sido absuelto, haciendo una serie de consideraciones jurisprudenciales y doctrinarias en relación a la prueba de indicios y a la posibilidad de reconstruir lo ocurrido a partir de los hechos demostrados y las inferencias que se pueden realizar desde cada uno de ellos. En ese contexto, da por establecidos los siguientes hechos:

- Al acusado le asistía el interés de asegurar la impunidad del apoderamiento del dinero que le había confiado la víctima, acción que venía ejecutando desde días atrás, al no entregarle los intereses que le pagaban a diario, ni el capital;
- El acusado, mediante engaño, sustrajo a la víctima el 5 de marzo de 2014 después de las 7.30 pm y lo condujo en compañía de otros sujetos a un paraje despoblado para causarle la muerte;
- Después de ejecutar la acción violenta contra su vida al interior de su vehículo con arma de fuego, su cuerpo fue sacado para ser arrastrado y ocultado entre los cañadulzales del sector. Por ende, se puede inferir la participación de más de una persona y, precisamente, si se dirigió hacia allá, teniendo el sitio como peligroso es porque se sentía acompañado por tres personas más, entre ellas, el acusado, quien le generó confianza y seguridad de forma que aceptó la compañía de otros;
- Johnny Armando Portocarrero ideó, planificó y coejecutó la acción para quitarle la vida y asegurar la impunidad del apoderamiento que venía haciendo del dinero, continuando con el mismo, pues desde su muerte siguió recaudando el capital e intereses, como se desprende de la declaración de Manuel Franco, sin entregárselos a la progenitora del occiso.

Sobre la base de los hechos asentados la sentencia concluye que Johnny Armando Portocarrero Vargas fue sin duda alguna coautor del asesinato de David Fernando López Jiménez.

El fallo advierte que el error del juez de primera instancia es haberse limitado a buscar prueba directa contra el acusado, sin hacer la racional apreciación de los aportes probatorios de las testigos ni contrastarlos con la prueba pericial, menos haber intentado hacer las deducciones lógicas a favor o en contra, a partir de tales indicadores.

Así las cosas, la existencia de una sentencia condenatoria emanada de un tribunal del Estado requirente, que contiene el debido análisis y ponderación de la prueba rendida en el proceso, en virtud del cual concluye que el acusado es responsable de los hechos que se le imputan, proporciona un fundamento serio y grave, que cumple el estándar que permite dar por concurrente el requisito de la letra c) del artículo 449 citado.

No cabe a este tribunal, dada la naturaleza del presente procedimiento, llevar a cabo elucubraciones propias acerca de la decisión adoptada por un fallo extranjero ni está llamado a sustituirlo en la valoración de la prueba, razón por la cual se desestimará la defensa del requerido que se refiere a la insuficiencia probatoria de las acusaciones.

Décimo: Que, en cuanto al argumento esgrimido por Portocarrero, relativo a que la sentencia condenatoria no se encuentra ejecutoriada, a juicio de este tribunal ello no es óbice para hacer lugar al pedido de extradición, por cuanto el Tratado

de 1914 considera procedente la extradición no sólo cuando existe condena en contra del refugiado en país extranjero, sino también acusación (artículo I), de manera que si es posible otorgarla en base a una situación o estadio procesal en que aún no existe decisión acerca de la responsabilidad del imputado, con mayor razón debe entenderse que procede cuando ésta ya se ha determinado, aún cuando no se encuentre firme. Sobre el punto en análisis existe jurisprudencia de esta Corte que se ha pronunciado en un sentido similar (causa rol N°94.999-2016).

Por otra parte, consistente con lo argumentado, el Tratado no señala que la sentencia condenatoria deba estar ejecutoriada para que proceda la extradición, mal podría hacerlo si también prevé la posibilidad de extraditar a un sujeto respecto del cual sólo existe acusación.

En atención a lo reflexionado, se desestimará también este argumento de la defensa. Se desestimará, asimismo, la pretensión del requerido de prolongar su detención hasta que se resuelva el recurso que se encuentra pendiente en el Estado requirente, ya que es una modalidad excepcional, no prevista en el Tratado de Extradición aplicable, ni en la regulación nacional sobre la materia. Por otra parte, aquello contraría lo ordenado por la sentencia que funda la petición de extradición, al librar la correspondiente orden de captura inmediata en su contra, lo que significa que mientras no se falle el recurso que se encuentra pendiente, el condenado debe cumplir prisión preventiva en su país, sin que el Estado

requerido pueda ni deba sustituirlo en aquello, desde que la institución de la extradición es un instrumento de cooperación entre los Estados, que obliga a la entrega de los sujetos que habiendo delinquido en uno de ellos, se refugia en el territorio de otro, para impedir que tales delitos queden en la impunidad.

Undécimo: Que, por lo reflexionado, este tribunal considera que se encuentran cumplidos todos los requisitos previstos en el artículo 449 del Código Procesal Penal, lo que conduce a hacer lugar al pedido de extradición de que se conoce.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas, lo preceptuado en los artículos 440 y siguientes del Código Procesal Penal y lo previsto en el Tratado de Extradición vigente entre Chile y la República de Colombia, se declara que se accede a la solicitud de extradición de don Johnny Armando Portocarrero Vargas, formulada por la República de Colombia.

Póngase al requerido a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores, para que sea entregado al Estado requirente.

Regístrese, comuníquese en su oportunidad y archívese si no se recurriere.

Rol N°8406-2018

Redactó la ministra instructora Andrea Muñoz S.

En Santiago, a veintidós de agosto de dos mil dieciocho, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

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

ACCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE EN EL CONTEXTO DE LA RATIFICACIÓN DEL PROTOCOLO FACULTATIVO SOBRE COMUNICACIONES DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Catalina Duque González1

I. Introducción

Los niños, niñas y adolescentes (NNA) constituyen un grupo especialmente vulnerable respecto a la protección de sus derechos. Esto se debe a que, no obstante encontrarse protegidos por los tratados de derechos humanos a un nivel genérico, los NNA tienen determinadas características que hacen necesaria la existencia de una protección especializada de sus derechos. Dadas las particularidades de este grupo es que se justificó, desde el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (SUDH), la creación de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y, posteriormente, el Protocolo Facultativo (PF) sobre la participación de los niños en conflictos armados, por una parte, y el PF sobre la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, por otra.

Ahora, si bien el bloque de normas señalado abarca las problemáticas específicas a las que los NNA están expuestos, regulando in extenso las obligaciones a que deben sujetarse los Estados Partes en la materia, todo este tratamiento carece de sentido si no se cuenta con un mecanismo que permita operativizar los derechos consagrados en la CDN y los PF.

En este contexto es que el 19 de diciembre de 2011 la Asamblea General de las Naciones Unidas resolvió crear el Tercer PF relativo a un Procedimiento de Comunicaciones, surgiendo inexorablemente la necesidad de preguntarnos sobre la pertinencia de abordar en análisis de este protocolo por medio de éste artículo.

Pues bien, existen varias razones. La primera, y quizás la más formal, para cumplir con el mandato que contiene, en cuanto al deber de difundir su contenido a los operadores del Estado que la suscriben. La segunda, y más fundamental, es que el Protocolo Facultativo (PF) viene a reforzar los derechos y obligaciones contenidas en la Convención de los Derechos del Niño (CDN), y hace necesario, por tanto, continuar con los esfuerzos encaminados

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

a dar un efectivo y concreto sentido de los mismos, al interior de cada una de las instituciones del Estado. Una tercera razón, que va relacionada con las anteriores, es la necesidad de generar por parte del Estado, procesos de trabajo que puedan integrar esta normativa.

La Convención y sus protocolos facultativos dan cuenta de la evolución del reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes (NNA) como sujetos de derechos y el cambio de paradigma que ha importado para la sociedad en general y, en particular, a la sociedad chilena, toda vez que el Estado de Chile ha suscrito los referidos instrumentos. Lo señalado se ha visto reflejado en el trabajo del Ministerio Público como operador del sistema penal, puesto que en las investigaciones de delitos con víctimas y testigos NNA, se ha buscado la forma de abordar adecuadamente sus derechos, reconociendo y otorgando el espacio para su ejercicio y respeto, tarea que se ha desarrollado de forma gradual, y en diversos niveles, desde la sensibilización, capacitación y formación a fiscales y funcionarios/as, y además de la generación de buenas prácticas.

Dentro del contexto señalado, el presente documento da cuenta de forma inicial y general de los estándares internacionales de derechos humanos y catálogo de tratados básicos del sistema internacional de las Naciones Unidas, dentro del cual encontramos la CDN, para luego focalizarnos en el PF sobre Procedimiento de Comunicaciones, mecanismo que permite abordar las violaciones de los derechos de los niños, niñas y adolescentes ante el Comité de los Derechos del Niño.

Una vez efectuada la revisión de las principales características y funcionamiento del PF, se analizarán las obligaciones que surgen para nuestro Estado, teniendo presente que con la ratificación de este último protocolo Chile ha adscrito al sistema integral de la CDN, y así surge la necesidad de examinar las diversas recomendaciones que nuestro Estado ha recibido de parte del Comité de los Derechos de Niño y otras instancias.

Finalmente, teniendo a la vista las diversas recomendaciones, se exponen las acciones desarrolladas por el Ministerio Público que tienden a abordar algunas de ellas y que buscan cumplir con lo dispuesto en el artículo 4 de la CDN, en el entendido de que el Estado tiene el deber de adoptar "todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención".

II. Estándares Internacionales de Derechos Humanos

Los tratados internacionales de derechos humanos reconocen derechos a las personas, por una parte, y generan obligaciones para los Estados que los suscriben, por otra. En ese sentido, la adopción de dichas obligaciones implica para el Estado el deber de respetar, proteger y garantizar los derechos reconocidos, respectivamente.

Por medio de la suscripción de estos tratados, se fortalece el apego al estado de derecho y se cuenta con un régimen legal de rendición de cuentas ante los organismos "depositarios" de los Tratados. Ello no sólo implica una rendición propiamente tal, sino más bien, la oportunidad de recibir la opinión y asesoría de expertos internacionales para mejorar la situación de derechos humanos, así como también contar con apoyo técnico si se estima pertinente en tales materias.

Catálogo de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos del Sistema de Naciones Unidas

En el marco de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos acordados en la Asamblea General de las Naciones Unidas, encontramos:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- Convención Contra la Tortura o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes;
- Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas Las Formas de Discriminación Racial;
- Convención Sobre la Eliminación de Todas Las Formas de Discriminación Contra la Mujer;
- Convención Sobre Los Derechos de las Personas con Discapacidad;
- Convención Internacional Para La Protección de Todas Las Personas Contra Las Desapariciones Forzadas;
- Convención Internacional Sobre La Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares;
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- Convención Sobre Los Derechos del Niño.

Este listado da cuenta de que "la mayor amplitud de los derechos y la existencia de grupos que, pese a la generalidad de los instrumentos, quedan fuera de esta evolución, ha exigido acordar nuevos pactos destinados específicamente a estas áreas o grupos"². Esta es la situación, por ejemplo, de las mujeres, discapacitados, migrantes y, especialmente, los niños, niñas y adolescentes. De este modo y como bien agrega el profesor Cillero, "esta ha sido la situación de los niños que si bien nunca han sido excluidos de los instrumentos generales de derechos humanos, en los hechos, su protección no lograba alcanzarlos efectivamente. En este sentido, se puede afirmar que la CDN es un instru-

² CILLERO BRUÑOL, Miguel. "Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios". En: Derecho a Tener Derecho, Tomo 4, Montevideo, Uruguay, Unicef, Instituto Interamericano del Niño, Instituto Ayrton Senna, 1999, p. 2.

mento destinado a la no discriminación, a la reafirmación del reconocimiento de los niños como personas humanas, en toda la acepción y sin limitaciones, y responde a la necesidad de contar con instrumentos jurídicos idóneos para proteger sus derechos"³.

La CDN del año 1989⁴, importa el reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos, además da cuenta de una visión integral de ellos, pues no se los mira ya desde la asistencia, sino desde el reconocimiento de sus derechos dentro de su desarrollo vital.

Actualmente, la CDN se complementa por tres protocolos facultativos. Dichos protocolos tienen por objeto perfeccionar la Convención y reconocer nuevos compromisos para los Estados Parte.

Los tres Protocolos Facultativos de la CDN son:

- I Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía5;
- II Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados6;
- III Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño Relativo a un Procedimiento de Comunicaciones⁷.

III. La CDN y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones

La CDN fue el último de los tratados internacionales sobre derechos humanos -del catálogo indicado previamente- que incorporó un procedimiento de comunicaciones, toda vez que en su texto original no lo contemplaba.

Con fecha 19 de diciembre de 2011, la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptó el III PF de la CDN, el que se encuentra compuesto por 24 artículos, estructurados en cuatro partes, a saber: Disposiciones Generales;

³ CILLERO, ob. cit., p. 2.

⁴ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.

⁵ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/54/263, 25 de mayo del 2000.

⁶ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/54/263, 25 de mayo del 2000.

⁷ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/66/138, 19 de diciembre de 2011.

Procedimiento de Comunicaciones; Procedimiento de Consulta y Disposiciones Finales.

El III PF "ofrece una vía para abordar las violaciones de los derechos del niño, niña y adolescentes. Este mecanismo de reclamación es de carácter cuasijudicial y las resoluciones son adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño". El Comité sobre los Derechos del Niño es un grupo de 18 expertos internacionales en derechos de la niñez que monitorean o evalúan si los países o gobiernos cumplen con los compromisos adquiridos al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño y sus protocolos. Adicionalmente, este procedimiento puede utilizarse en paralelo a una queja enviada a la Relatoría Especial.

- 1. La importancia de contar con un procedimiento de comunicaciones para la CDN, se ve en las siguientes materias:
- 2. Fortalece el reconocimiento de los NNA como sujetos de derecho, con voz propia y capacidad de denunciar las vulneraciones de sus derechos.
- 3. Brinda una vía de comunicación directa entre los NNA y sus representantes (o cualquier otra persona o grupo de personas) y el Comité de los Derechos del Niño.
- 4. Ayuda a identificar lagunas en los sistemas judiciales relativos a los niños a nivel nacional.
- 5. Mejora la rendición de cuentas al establecer mecanismos de denuncia directa.
- 6. Fortalece la representación y funciones del Comité de los Derechos del Niño y la obligación de los Estados de tener en cuenta sus decisiones.

Como lo señala la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, en la publicación "Procedimientos para presentar denuncias individuales en virtud de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas", "Los derechos humanos adquieren un significado concreto cuando se presentan denuncias individuales. Al pronunciarse un fallo en un caso individual se llevan a la práctica normas internacionales que de otra manera podrían parecer generales y abstractas.

^{8 &}quot;Procedimientos para presentar denuncias individuales en virtud de tratados de derechos humanos de Las Naciones Unidas" p. 25 (Folleto informativo N° 7/Rev.2, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2013), disponible en la página web https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet7Rev2_sp.pdf

⁹ El/la Relator/a Especial tiene cuatro actividades principales, llevar a cabo visitas a los países ver la situación de NNA, el envío de quejas individuales, escribir informes temáticos y la realización de actividades de sensibilización y de promoción para promover y proteger los derechos humanos de los NNA, disponible en la página web https://www.ohchr.org/sp/issues/children/pages/childrenindex.aspx

Las normas que contienen los tratados internacionales de derechos humanos producen sus efectos más inmediatos cuando se las aplica a la situación de la vida diaria de una persona. El conjunto de decisiones resultantes puede servir de orientación a los Estados, la sociedad civil y los particulares al interpretar el sentido contemporáneo de estos tratados"¹⁰.

Cabe agregar que, en virtud de este procedimiento, no es necesario esperar la presentación de los 'informes-país' periódicos, para que el Comité dicte recomendaciones sobre vulneraciones de los derechos de NNA, sino que a través de él, el Comité puede emitir recomendaciones al Estado en cualquier momento.

El Protocolo de Comunicaciones contiene tres procedimientos:

- De comunicaciones individuales;
- De comunicaciones entre Estados; y
- De investigación en caso de violaciones graves o sistemáticas.

Cada uno de los procedimientos indicados innova en algún sentido en cuanto a la protección y efectivo aseguramiento de los derechos reconocidos por la CDN y los otros protocolos a los NNA, por lo cual se hará una breve explicación de cada uno de ellos en las líneas que siguen.

1. Procedimiento de comunicaciones individuales

Conforme al Protocolo los niños, niñas y adolescentes pueden presentar comunicaciones o denuncias individuales al Comité de Derechos del Niño si sufren una vulneración de sus derechos y han agotado las vías legales en su país de origen. La infracción en cuestión tiene que haberse producido después de que el Protocolo Facultativo entre en vigor en el Estado parte, en el caso de Chile, desde del 1 de diciembre del año 2015¹¹.

¹⁰ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, "Procedimientos para presentar denuncias individuales en virtud de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas". En Folleto Informativo N° 7/Rev. 2, Nueva York y Ginebra, 2013, p. 1.

Chile, Decreto Ley N° 121, que promulga el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones, 7 de septiembre de 2015
 Las comunicaciones podrán ser presentadas por o en nombre de personas o grupos

^{1.} Las comunicaciones podrán ser presentadas por, o en nombre de, personas o grupos de personas sujetas a la jurisdicción de un Estado parte que afirmen ser víctimas de una violación por el Estado parte de cualquiera de los derechos enunciados en cualquiera de los siguientes instrumentos en que ese Estado sea parte:

a) La Convención;

b) El Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución, infantil y la utilización de niños en la pornografía;

c) El Protocolo facultativo de la Convención relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

Cuando se presente una comunicación en nombre de una persona o un grupo de personas, se requerirá su consentimiento.

Surge así la obligación para los Estados Partes de facilitar que estos mecanismos estén disponibles para todos los NNA, considerando las dificultades propias de la edad y otras, tales como discapacidad, idioma, etc.

1.1. Presentación de Comunicaciones

El NNA o su representante o grupo de personas que consideran que algunos de los derechos establecidos en la CDN o algunos de sus Protocolos Facultativos (venta de niños, la prostitución, infantil y la utilización de niños en la pornografía / participación de niños en los conflictos armados) han sido vulnerados, puede hacer su presentación ante el órgano del tratado, en este caso, el Comité de Los Derechos del Niño.

No es requisito que la presentación se efectúe por medio de un abogado, pues existen modelos de formularios que permiten hacer la presentación, señalando las materias que deben ser abordadas.

Los requisitos mínimos de procedencia que debe cumplir la presentación son:

- a. El Estado debe ser parte de la Convención de Los Derechos del Niño;
- b. El Estado debe haber acordado obligarse por el procedimiento de quejas o comunicaciones individuales;
- c. Se deben haber agotado todos los recursos internos.

Por otra parte, también se puede efectuar la presentación a nombre de la víctima o grupo de personas, para lo cual se debe contar con una autorización, no obstante que, en algunos casos, puede prescindirse de aquella si la persona afectada se ve impedida. En esta situación, quien presenta la comunicación debe indicar claramente los motivos por los que no se pudo obtener.

Se debe presentar dentro de un plazo de un año desde el agotamiento de los recursos legales nacionales, salvo en aquellos casos en que pueda demostrarse que no ha sido posible hacerlo dentro del plazo.

La presentación debe ir por escrito y firmada. De acuerdo al sistema de Naciones Unidas, las comunicaciones pueden ser enviadas electrónicamente, para cuyos efectos se deben escanear y adjuntar al correo electrónico dirigido al Equipo de Peticiones del ACNUDH.

En la presentación es necesario indicar cronológicamente todos los hechos en que se basa la comunicación o denuncia, la época en que ocurrieron, los motivos por los que se considera que los hechos descritos constituyen una violación del tratado (es recomendable que se especifiquen los derechos de la CDN o de sus Protocolos Facultativos que estiman infringidos). También es menester señalar las medidas que se hayan adoptado para agotar los recursos

disponibles en el Estado parte, es decir, las gestiones que se hayan realizado ante los tribunales y autoridades locales. Por último, deben acompañarse copias de todos los documentos pertinentes a sus alegaciones y argumentos, especialmente las decisiones administrativas o judiciales.

1.2. Procedimiento de comunicaciones ante el Comité

Realizada la presentación, el Comité decidirá si el caso es "registrado", en otras palabras, incluido oficialmente en una lista de casos a examinar. De ello se informará al reclamante y, a continuación, se "transmitirá" el caso al Estado parte correspondiente, a fin de darle la oportunidad de hacer comentarios al respecto dentro de un plazo máximo de seis meses desde la fecha en que se le comunique la denuncia.

De manera paralela a la presentación, y sin que exista un pronunciamiento sobre la pertinencia de la misma, el Comité puede adoptar "Medidas Provisionales", que consisten en pedir al Estado parte que adopte medidas a fin de impedir cualquier daño irreparable al demandante o la presunta víctima en relación con las reclamaciones del caso, medidas que pueden ser reiteradas durante la tramitación, o suspendidas, si ya no fueren necesarias.

1.3. Admisibilidad

En esta instancia, corresponde evaluar los requisitos de forma y luego los de fondo. En este contexto, el Comité, como ya se indicó, revisa que se cumpla con los requisitos mínimos.

Sin perjuicio de lo anterior, el Comité no puede:

- a. Actuar como una instancia de apelación en relación con los órganos jurisdiccionales nacionales;
- b. Examinar denuncias que se remonten a un período anterior a la fecha en que el PF fue ratificado por el Estado parte, en el caso de Chile, anteriores al 1 de diciembre del año 2015;
- c. Revisar un caso que se haya sometido a otro órgano de vigilancia de los tratados o a un mecanismo regional, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos o la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Luego, una vez declarada admisible una comunicación o denuncia por el Comité, este procede a "examinarla" en cuanto al fondo.

1.4. Examen

El Comité examina cada caso en sesión, sobre la base de la información presentada por escrito por el reclamante y por el Estado parte.

El Comité también puede intentar llegar a un *acuerdo amistoso* entre el Estado parte y la víctima o víctimas. El acuerdo es una solución amigable lograda bajo los auspicios del Comité, que, en caso de adoptarse, pondrá fin al examen de la comunicación.

De no existir un acuerdo amistoso, se debe continuar con el examen y, una vez terminado, se adopta una decisión, la que se les transmite a las partes simultáneamente. Esta decisión del Comité es inapelable.

Si el Comité resuelve a favor del reclamante, invitará al Estado parte a que presente información sobre las medidas que haya adoptado para dar cumplimiento a sus conclusiones y recomendaciones. Si el Comité decide que no se ha violado el tratado o que la denuncia no es admisible, se cierra el caso.

Sin embargo, si un dictamen establece vulneraciones a los derechos del tratado, se continúa con la etapa de seguimiento.

Ahora bien, en el evento en el que se llegue a un acuerdo amistoso, de todas formas es posible iniciar un proceso de seguimiento respecto de aquel.

1.5. Seguimiento

El Estado parte debe considerar el dictamen, así como a sus eventuales recomendaciones, y le enviará una respuesta por escrito al Comité que incluya información sobre las medidas que haya adoptado o tenga previsto adoptar a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité, la cual deberá ser evacuada dentro de un plazo de seis meses. El Comité, por su parte, podrá invitar al Estado parte a presentar más información sobre las medidas que haya adoptado en atención a su dictamen o sus recomendaciones.

2. Procedimiento de comunicaciones entre Estados

Además del procedimiento de comunicaciones individuales, existe un procedimiento de comunicaciones entre Estados, por medio del cual un Gobierno puede presentar denuncias contra otro, que no cumpla con sus obligaciones de garantizar los derechos de la infancia. El artículo 12 del Protocolo, reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte no ha cumplido las obligaciones de cualquiera de los siguientes instrumentos en que ese Estado sea parte: La Convención; el Protocolo Facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; y, el

Protocolo Facultativo de la Convención relativo a la participación de niños en los conflictos armados12.

En particular Chile, al momento del depósito del Instrumento de Ratificación del referido Protocolo, que efectuó el 1 de septiembre de 2015 ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, aceptó este procedimiento, reconociendo sin reserva alguna la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones entre Estados. Lo anterior resulta especialmente relevante, pues da cuenta de la voluntad del Estado chileno de someterse a un mayor escrutinio internacional en lo que se refiere a la protección de los derechos de NNA reconocidos por la CDN y los PF.

A diferencia del Procedimiento de Comunicaciones Individuales, el procedimiento regulado en el artículo 12 del PF no se encuentra absolutamente especificado, por lo cual es aplicable el Procedimiento para presentar denuncias individuales en virtud de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, en todo aquello que no esté regulado en relación con el Procedimiento de Comunicaciones entre Estados.

Para iniciar el procedimiento en estudio, los Estados Partes deben, en primer lugar, reconocer la competencia del Comité para recibir y examinar aquellas

¹² Artículo 12 Comunicaciones entre Estados:

^{1.} Todo Estado parte en el presente Protocolo podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple las obligaciones dimanantes de cualquiera de los siguientes instrumentos en que ese Estado sea parte:

a) La Convención;

b) El Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía;

c) El Protocolo facultativo de la Convención relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

^{2.} El Comité no admitirá comunicaciones que se refieran a un Estado parte que no haya hecho esa declaración, ni comunicaciones procedentes de un Estado parte que no haya hecho esa declaración.

^{3.} El Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados partes de que se trate con miras a llegar a una solución amigable de la cuestión sobre la base del respeto de las obligaciones establecidas en la Convención y en sus Protocolos facultativos.

^{4.} Los Estados partes depositarán la declaración prevista en el párrafo 1 del presente artículo en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, que remitirá copias de ella a los demás Estados partes. La declaración podrá retirarse en cualquier momento mediante notificación al Secretario General. Dicho retiro se hará sin perjuicio del examen de asunto alguno que sea objeto de una comunicación ya transmitida en virtud del presente artículo; después de que el Secretario General haya recibido la notificación correspondiente de retiro de la declaración, no se recibirán nuevas comunicaciones de ningún Estado parte en virtud del presente artículo, a menos que el Estado parte interesado haya hecho una nueva declaración.

comunicaciones dirigidas por un Estado Parte, alegando el incumplimiento de otro Estado Parte de las obligaciones contenidas en la CDN y los PF.

Luego, el Comité debe declarar inadmisibles aquellas comunicaciones que se refieran a Estados Partes que no hayan reconocido la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones entre Estados, y aquellas comunicaciones que procedan de un Estado Parte que no haya efectuado la declaración de competencia referida.

En tercer lugar, declarada admisible una comunicación, el Comité debe poner sus buenos oficios a disposición de los Estados Partes con miras a llegar a un *acuerdo amistoso*, velando siempre por el respeto de las obligaciones contenidas en la CDN y los PF.

Por último, el artículo 12 establece la forma en que debe efectuarse la declaración de competencia por los Estados Partes, cuándo pueden estos retirarla y los efectos que produce el retiro de la declaración una vez iniciado el procedimiento de comunicaciones entre Estados.

 Procedimiento de investigación en caso de violaciones de derechos del niño graves o sistemáticas

3.1 Tramitación

Otra forma de iniciar un proceso es el de investigación, el cual es aplicable en el caso de "violaciones de derechos del niño graves o sistemáticas". En este caso, la denuncia puede ser presentada por cualquier persona o entidad, pública o privada, siempre que el Estado en cuestión haya ratificado el III Protocolo Facultativo de la CDN y haya aceptado el procedimiento de investigación; y cuando las violaciones afecten a derechos previstos en la CDN o algunos de sus otros dos Protocolos Facultativos ratificados por el Estado¹³.

^{13 &}quot;Artículo 13 Procedimiento de investigación en caso de violaciones graves o sistemáticas
1. El Comité, si recibe información fidedigna que indique violaciones graves o
sistemáticas por un Estado parte de los derechos enunciados en la Convención o en
sus Protocolos facultativos relativos a la venta de niños, la prostitución infantil y la
utilización de niños en la pornografía o a la participación de niños en los conflictos
armados, invitará a ese Estado a colaborar en el examen de la información y, a esos
efectos, a presentar sin dilación sus observaciones al respecto.

^{2.} El Comité, teniendo en cuenta las observaciones que haya presentado el Estado parte de que se trate, así como cualquier otra información fidedigna que se haya puesto a su disposición, podrá designar a uno o más de sus miembros para que realicen una investigación y le presenten un informe con carácter urgente. Cuando se justifique, y con el consentimiento del Estado parte, la investigación podrá incluir una visita al territorio de este.

De este modo, recibida por el Comité una denuncia, éste debe invitar al Estado Parte denunciado a colaborar en el examen de la información y a que presente, sin dilación, sus observaciones al respecto. Luego, el Comité tiene la facultad de designar a uno o más de sus miembros para que realicen una investigación y le presenten un informe con carácter de urgente. En casos calificados y contando con el consentimiento del Estado Parte, la investigación puede incluir una visita territorial.

El artículo 13 regula especialmente la necesidad de que la investigación sea confidencial y de que se solicite al Estado Parte su colaboración en todas las etapas del procedimiento. Una vez examinadas las conclusiones de la investigación, el Comité debe transmitirlas sin dilación al Estado Parte, junto con las observaciones y recomendaciones del caso.

Es interesante lo que se establece en torno a la posibilidad que tienen los Estados Partes de efectuar reservas en torno a la competencia del Comité para conducir un Procedimiento de Investigación en caso de vulneraciones graves o sistemáticas con respecto a los derechos enunciados en la CDN y los PF, pues se establece expresamente la posibilidad de los Estados Partes de no reconocer la competencia del Comité para estos efectos. En este sentido, y al igual que en el caso del Procedimiento de Comunicaciones entre Estados, Chile no efectuó reserva alguna en esta materia, lo cual es muy relevante en lo que a la protección de los derechos de NNA se refiere.

Por último, el artículo 13 también regula la posibilidad de que un Estado Parte retire la declaración de competencia del Comité y cuándo puede efectuarse.

^{3.} La investigación tendrá carácter confidencial, y se recabará la colaboración del Estado parte en todas las etapas del procedimiento.

^{4.} Tras examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá sin dilación al Estado parte de que se trate, junto con las observaciones y recomendaciones del caso.

^{5.} El Estado parte interesado presentará sus propias observaciones al Comité lo antes posible, dentro de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que reciba los resultados de la investigación y las observaciones y recomendaciones que le transmita el Comité.

^{6.} Cuando hayan concluido las actuaciones relacionadas con una investigación realizada de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo, el Comité, previa consulta con el Estado parte de que se trate, podrá decidir que se incluya un resumen de sus resultados en el informe a que se refiere el artículo 16 del presente Protocolo.

^{7.} Cada Estado parte podrá declarar, en el momento de firmar o ratificar el presente Protocolo o de adherirse a él, que no reconoce la competencia del Comité prevista en el presente artículo con respecto a los derechos enunciados en algunos de los instrumentos enumerados en el párrafo 1, o en todos ellos.

^{8.} El Estado parte que haya hecho una declaración conforme a lo dispuesto en el párrafo 7 del presente artículo podrá retirarla en cualquier momento mediante notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas".

Al igual que en el Procedimiento de Comunicaciones entre Estados, en todo aquello que no esté expresamente regulado por la norma en estudio, es enteramente aplicable el Procedimiento para presentar denuncias individuales en virtud de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas.

3.2 Seguimiento

El artículo 14 del Protocolo señala el seguimiento, una vez transcurrido el plazo de seis meses que se indica en el artículo 13, párrafo 5, el Comité, de ser necesario, podrá invitar al Estado parte de que se trate a que lo informe de las medidas que haya adoptado y tenga previsto adoptar a raíz de una investigación realizada en virtud del artículo 13 del presente Protocolo.

En virtud de una solicitud de investigación presentada en el mes julio del año 2016, ante el Comité de los Derechos del Niño, Chile fue objeto de una investigación fundada en la grave situación de los NNA que se encontraban en Centros Residenciales de Chile, bajo el control directo o indirecto del Servicio Nacional de Menores. El Comité designó a dos de sus miembros que visitaron el país, luego emitieron un informe, el cual señaló que se habrían violado los derechos consagrados a NNA en la CDN, dichas violaciones tenían el carácter de graves y sistemáticas, en virtud de lo cual se generaron una serie de recomendaciones, agrega el informe como medida de seguimiento, el que Chile en el plazo de seis meses, les remitirá un informe acerca de las medidas que haya adoptado y que tenga previsto adoptar, incluidas las medidas urgentes solicitadas.

IV. Obligaciones que surgen para el Estado de Chile

El "Protocolo Facultativo de la Convención Sobre Los Derechos Del Niño Relativo a un Procedimiento De Comunicaciones" fue aprobado por el H. Congreso Nacional, según consta en el Oficio N° 11.796, de 2 de abril de 2015, de la Cámara de Diputados. El depósito del Instrumento de Ratificación del referido Protocolo se efectuó el 1 de septiembre de 2015. De conformidad a lo dispuesto en el Artículo 19, numeral 1° del aludido Protocolo Facultativo, entró en vigencia en nuestro país el 1 de diciembre de 2015¹⁴.

En consecuencia, Chile adscribe al sistema integral de la CDN, es decir, a la Convención y sus tres Protocolos Facultativos, con lo cual se fortalece el reconocimiento de los NNA como sujetos de derecho, generando la capacidad de denunciar las vulneraciones de sus derechos y obligando al Estado a facilitar que estos mecanismos estén disponibles para todos los NNA.

¹⁴ Chile, Decreto Ley N° 121, que promulga el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones, 7 de septiembre de 2015.

Compartimos la opinión del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) en su Informe Anual del año 2016, que expresa: "con la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) y sus tres protocolos facultativos, se instaura un importante cambio de paradigma"¹⁵.

En la línea de lo expresado, las obligaciones para el Estado de Chile no sólo se imponen en materia de difusión y capacitación, sino que, también, para reforzar el compromiso con la Convención de manera integral. Por ello, se hace necesario, y útil, recoger y analizar las diversas recomendaciones que hemos recibido tanto del Comité de los Derechos de Niño, como de las instancias nacionales, con el objeto de detectar brechas y vacíos en el sistema nacional, a fin generar acciones adecuadas para los NNA, pues de no ser así, se podrían dar origen a comunicaciones o quejas.

1. Recomendaciones

1.1. Recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño

En el marco del Informe Periódico de Chile de la CDN 4 y 5, en octubre del año 2015, el Comité de los Derechos del Niños emitió sus Recomendaciones CRC/C/CHL/CO/4-5¹⁶, refiriéndose algunas de ellas a materias relacionadas con la investigación de delitos contra NNA:

- 29.A. Asegure la aplicación efectiva de leyes en que se reconozca el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos relativos a sus derechos, en particular la educación, la salud, la justicia y los asuntos relativos a la familia.
- 39.B. Establezca una base de datos nacional de todos los casos de violencia contra los niños en el hogar, incluidos los malos tratos, los abusos y la negligencia y otros tipos de violencia doméstica.
- 43.D. Investigue, procese y sancione de manera pronta y exhaustiva todos los casos de torturas y tratos crueles o degradantes cometidos contra niños por agentes de policía.
- 47.B. Asegure la investigación y el procesamiento efectivo de los casos de abusos sexuales cometidos contra niños, también cuando los autores sean miembros del clero católico.
- 47.C. Elabore y aplique un plan nacional de capacitación de los distintos interesados que participan en el proceso de reparación jurídica de los

¹⁵ Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Anual, 2016, p. 128. Disponible en https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/998

¹⁶ Recomendaciones CRC/C/CHL/CO/4-5, disponible en https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=71427&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION

niños víctimas de explotación y abusos sexuales, como el personal de los juzgados o los agentes de policía, sobre los criterios y normas para atender a los niños víctimas y sobre el manejo de esos casos, a fin de lograr que todos los niños que hayan sufrido alguna forma de explotación sexual sean tratados como víctimas y no reciban sanciones penales, y que los responsables sean debidamente procesados y castigados.

- 47.F. Lleve a cabo actividades de sensibilización para combatir la estigmatización de las víctimas de explotación y abusos sexuales, en particular el incesto; garantice vías accesibles, confidenciales, eficaces y adaptadas a las necesidades de los niños para denunciar esos hechos; y adopte todas las medidas necesarias para poner fin a estos hechos de inmediato.
- 80.F. Investigue y enjuicie con prontitud todos los casos de actos de violencia contra niños indígenas cometidos por agentes de policía.
- 88. El Comité recomienda al Estado parte que, mediante normativas y disposiciones jurídicas adecuadas, procure que todos los niños víctimas, por ejemplo, de malos tratos, violencia en el hogar, explotación sexual y económica, secuestro y trata, así como los niños testigos de esos delitos, reciban la protección prevista en la Convención, y que tenga plenamente en cuenta las Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos (véase el anexo de la resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social).
- 90.B. Establezca un sistema general de reunión de datos que incluya información desglosada por naturaleza del delito, edad, sexo, grupo étnico, nacionalidad, situación socioeconómica y área geográfica, así como información sobre el número de investigaciones, enjuiciamientos y condenas.
- 90.D. Redoble los esfuerzos destinados a investigar, enjuiciar y juzgar con prontitud las todas denuncias de los delitos previstos en el Protocolo Facultativo y ofrezca medidas de apoyo y reparación adecuadas a los niños víctimas de explotación.

1.2. Recomendaciones del INDH

El Informe Anual del año 2016 del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), a propósito de la ratificación del III Protocolo de la CDN por parte del Estado de Chile, celebró la posibilidad que ahora existe de poder denunciar directamente ante el Comité de los Derechos del Niño (CRC). Sin embargo, también observó con preocupación las recomendaciones que dicho Comité efectuó ese mismo año al Estado chileno, con especial énfasis en aquellas relativas a los derechos de los NNA en materia de entorno familiar y modalidades alternativas de cuidado, derechos y libertades civiles, violencia, discapacidad, salud y educación, entre otras, y lo que aún falta por hacer en estas materias en el país. Por otro lado, el INDH resalta como imperativa la necesidad de que el Estado de Chile considere la implementación de medidas de protección que protejan especialmente a niñas y adolescentes en contexto de

institucionalización, con el objeto de operativizar armónicamente lo establecido por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)¹⁷.

Específicamente, indica como recomendaciones en materia de Derechos De Niños, Niñas y Adolescentes¹⁸:

- <u>"El INDH recomienda al Poder Legislativo</u> discutir, adecuar, acorde a estándares de derechos humanos, y aprobar los proyectos de ley que permitirán contar con un sistema de protección integral de la infancia (ley que establece un sistema de garantías de derechos para la infancia, ley que crea la Subsecretaría de la Niñez, ley que crea un defensor de los derechos de la niñez, nueva Ley de Adopción).
- El INDH reitera su recomendación al Poder Judicial en orden a que funde sus fallos y resoluciones tanto en la jurisdicción de familia como penal, sobre la base de los estándares internacionales de derechos humanos, en especial, velando por el interés superior del/a niño/a, y la institucionalización o internación como último recurso.
- Se recomienda al Poder Ejecutivo definir y reestructurar las responsabilidades en sus diferentes ministerios y servicios, en torno a la obligación del Estado de garantizar el efectivo goce y ejercicio de derechos fundamentales a los NNA institucionalizados. En este sentido se insta al Ejecutivo a generar roles más activos y con responsabilidades directas respecto de los NNA bajo la tutela del Estado, en especial a los Ministerios de Educación, Salud y Desarrollo Social, en lo que a prestaciones de salud, protección social, y educación se refiere.
- Se insta al Poder Ejecutivo a mejorar los sistemas de registro de datos y la generación de estadísticas en SENAME, asignar adecuada dotación de funcionarios/as, capacitados de acuerdo con los estándares internacionales y acorde a las necesidades de los NNA a su cargo; implementar planes de control y evaluación de funcionamiento y recursos humanos de forma sistemática, analizar los sumarios administrativos instruidos contra funcionarios/as por graves faltas a la normativa o maltrato contra NNA, y tomar las medidas que sean necesarias, considerando en sus decisiones el interés superior del/a niño/a; elaborar protocolos que prevengan los malos tratos dentro de los centros y residencias; y que genere instancias de apertura y colaboración con la ciudadanía, la sociedad civil organizada y otras instituciones públicas, lo que contribuirá a generar nuevas visiones,

¹⁷ Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Anual, 2016, p. 130.

¹⁸ Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Anual, 2016, p. 298.

apoyos y trabajo conjunto, en la tarea de mejorar las condiciones de la infancia vulnerada en nuestro país.

- INDH recomienda a los poderes colegisladores analizar, aprobar e implementar a la brevedad el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura, con el fin de prevenir la tortura, los malos tratos y las vulneraciones de derechos a NNA en condición de encierro.
- INDH insta al Estado a cumplir con su obligación de investigar y sancionar a quienes resulten responsables de las muertes de NNA, y reparar a los familiares según corresponda. En este mismo sentido, se debe avanzar en las investigaciones y sanciones administrativas por parte del organismo, con miras a determinar las eventuales responsabilidades de los/as funcionarios/as públicos/as en vulneraciones de derechos de NNA al interior de los centros de AADD".
- 1.3. Recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño en el marco del Procedimiento de Investigación

Con fecha 22 de julio del año 2016 el Comité de los Derechos del Niño recibió una solicitud de investigación en relación a la situación de los NNA privados de entorno familiar que se encontraban en Centros Residenciales de Chile, bajo el control directo o indirecto del Servicio Nacional de Menores. Se indicaba una posible violación grave y sistemática de los derechos enunciados en la Convención. La referida solicitud de investigación, se sustentó en lo dispuesto en el artículo 13 del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo al procedimiento de investigación en caso de violaciones graves o sistemáticas, citado anteriormente¹⁹.

El Comité examinó la solicitud durante su 74° reunión y decidió, sin prejuzgar el fondo de la información, registrar la solicitud y pedir a Chile que presentara observaciones sobre los asuntos planteados por el Comité, cuestión que así hizo el Estado el 18 de mayo del 2017. Tras el examen, el Comité decidió realizar una investigación y designó a dos de sus miembros para llevarla a cabo.

El Estado de Chile autorizó la visita de los miembros del Comité designados, la que se concretó en el mes de enero del año 2018. Durante la visita se entrevistaron con diversas personas, visitaron residencias y se les entregó información. Como resultado el Comité elaboró un informe que, al igual que

¹⁹ Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones [en línea]. Disponible en la página web de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia: http://www.minjusticia.gob.cl/ministerio-de-justicia-y-derechos-humanos-da-a-conocer-informe-del-comite-de-derechos-del-nino-de-naciones-unidas/ [fecha de consulta: 12 de septiembre de 2018].

la visita, fue de carácter reservado. Sin embargo, el Estado de Chile optó por hacer público el informe, el que se encuentra disponible en la página web de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia²⁰.

El informe señala que se habrían violado los derechos consagrados en la CDN, contenidos en los artículos 2; 3 (1) y (2); 4; 6; 9; 12; 18; 19; 20; 23; 24; 25; 28; 31; 34; 37 (a) y 39. Asimismo, considera dichas violaciones como graves y sistemáticas, en virtud de lo cual genera una serie de **Recomendaciones** para el Estado de Chile, que, en líneas generales, se exponen a continuación:

- 1. Con carácter de urgente, cerrar con efecto inmediato el centro residencial CREAD de Playa Ancha, analizar la situación de cada niño y colocar a los NNA en la atención adecuada a sus necesidades individuales.
- 2. Que el Estado adopte el paradigma de la protección integral de la Convención, especialmente:
 - a) Aprobando con urgencia la ley de protección integral de la infancia y garantizando que ésta sea conforme a la Convención;
 - b) Promoviendo los derechos de todos los NNA y estableciendo programas que detecten prontamente los riesgos de violaciones;
 - c) Prestando asistencia apropiada a la familia en el cumplimiento de sus obligaciones parentales a fin de reducir la necesidad de cuidados alternativos;
 - d) Protegiendo a los NNA vulnerados en sus derechos con medidas que prioricen el acogimiento familiar, la familia extensa o ajena, frente al residencial, y trabajando con la familia para procurar su retorno siempre que sea en interés superior del NNA²¹.
- 3. Que el Estado asuma plenamente la responsabilidad de regular, controlar y financiar el respeto, protección y realización de todos los derechos de los NNA.
- 4. Que el Estado desjudicialice el sistema de protección.
- 5. Que el Estado dote de recursos, establezca planes de formación, establezca programas eficaces de supervisión del personal, sanción y remoción ante vulneración de derechos de NNA.
- 6. Que el Estado adopte mecanismos de reparación para las víctimas actuales y pasadas.

²⁰ Ob. cit.

²¹ Comité de los Derechos del Niño, Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, Recomendaciones CRC/C/CHL/CO/4-5, año 2015.

Por último, el informe señala como medida de seguimiento la circunstancia que el Comité solicitará a Chile, dentro de seis meses, un informe acerca de las medidas que haya adoptado y que tenga previsto adoptar, incluidas las medidas urgentes solicitadas.

V. Acciones del Ministerio Público

Del análisis expuesto, resulta claro que se busca dar a la CDN y al Comité una mayor injerencia y presencia en la defensa de los derechos y obligaciones consagrados, con el objetivo final de que los Estados partes adopten "todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención"²², es decir, dar efectividad a los derechos de los NNA.

Ahora bien, el Ministerio Público como un organismo autónomo del Estado y dentro de su competencia constitucional y legal, tiene una tarea particular respecto de NNA víctimas de delitos, y define como un tema prioritario para la institución dar un abordaje integral, teniendo como paradigma central el enfoque de derechos. En este sentido, se consideran relevantes las líneas de acción destinadas a detener la violencia, proteger a las víctimas, evitar la victimización secundaria y propender a acciones eficientes que permitan facilitar la investigación del delito.

Por ello, ante el escenario que plantea el tercer protocolo de la CDN, que no sólo busca implementar el sistema de comunicaciones, sino reforzar los derechos y obligaciones que contiene la CDN y sus anteriores protocolos, el Ministerio Público ha generado una serie de acciones que buscan superar brechas y dar cumplimiento a recomendaciones y diagnósticos en materia de los derechos de NNA, dentro del marco de nuestras funciones.

Lo anterior se ha visto reflejado en nuestro trabajo como operadores del sistema penal, en las investigaciones de delitos con víctimas y testigos NNA, donde hemos buscado la forma de abordar adecuadamente sus derechos, reconociendo y otorgando el espacio para su ejercicio y respeto. Esta es una tarea que se ha desarrollado de forma gradual, lo que ha implicado contar con el conocimiento, formación, sensibilización de fiscales y funcionarios, además de la generación de buenas prácticas.

Las acciones que el Ministerio Público desarrolla o ha desarrollado, y que dicen relación con las recomendaciones para el Estado de Chile, son entre otras:

1. La Creación de la Unidad de Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales, como Unidad Asesora del Fiscal Nacional, en el mes de noviembre del año 2017.

²² Convención de los Derechos del Niño, ob. cit., artículo 4.

- 2. La dictación de Oficios del Fiscal Nacional, con criterios de actuación a los Fiscales y funcionarios del Ministerio Público, en delitos sexuales, delitos sobre trata de personas, en materia de violencia intrafamiliar y delitos de tortura y tratos crueles.
- 3. La designación de Fiscales preferentes en investigaciones relacionadas a NNA pertenecientes a SENAME, en materia de malos tratos y tortura, al igual que en materia de explotación sexual.
- 4. La designación de Fiscales preferentes en investigaciones relacionadas al clero. Y la entrega por parte del Fiscal de criterios de actuación.
- Apoyo a Fiscales y Abogados por parte de la Unidad Especializada de Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de Fiscalía Nacional.
- 6. Formación de Fiscales y funcionarios en los estándares internacionales de derechos humanos y catálogo de tratados básicos del sistema internacional, dentro del cual encontramos a la CDN y sus protocolos.
- 7. La realización y coordinación de capacitaciones, formaciones y talleres dirigidos a Fiscales y demás funcionarios, en materia de delitos sexuales, género, explotación sexual, trata de personas, violencia intrafamiliar, tortura y tratos crueles y nueva ley de malos tratos.
- 8. La elaboración de módulos internos con enfoque en derechos de NNA que buscan adaptar el trato, conductas y el desarrollo de las investigaciones.
- 9. Actualmente la elaboración de un Estudio de Polivictimización de Niños, Niñas y Adolescentes en materia de delitos sexuales (2007 y 2017), por parte de la Unidad Especializada de Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de Fiscalía Nacional, que nos permitirá responder diversas interrogantes.
- 10. La atención especializada de Unidades Regionales de Víctimas, por medio del Modelo de Atención de NNA, que es utilizado a nivel nacional.
- 11. La generación de la Mesa Intersectorial de Muertes Bajo Custodia, que trabaja en la generación de un protocolo de actuación que busca estandarizar, acciones y procedimientos coordinados ante los casos de fallecimiento de personas que se encuentren bajo la custodia, el control o el cuidado del Estado de Chile, o de organismos privados que cumplen funciones públicas de dicha naturaleza, de forma de asegurar una debida investigación de las causas y determinación de responsabilidades penales.
- 12. La participación del Ministerio Público en la Mesa Intersectorial de Trata de Personas, con el objeto de fortalecer y mejorar los procesos de intervención de los organismos de control y persecución penal del delito de trata de personas. Internamente, el Ministerio Público realiza una investigación y atención de víctimas con un enfoque especializado.

- 13. La participación del Tercer Marco de Acción de Explotación Sexual Comercial de NNA, que importa acciones concretas por parte del Ministerio de formación, generación de protocolos y mantenimiento de bases de datos.
- 14. La implementación al interior del Ministerio Público de la Ley de Entrevista Video Grabada para NNA Víctimas de Delitos Graves, que da cuenta de un hito relevante de la participación de los NNA, en la instancia investigativa y judicial, con el objeto de disminuir la victimización secundaria. Instancia que basa su normativa y fundamentación en los principios y derechos de la CDN; sus protocolos, observaciones generales y directrices.
- 15. La participación del Ministerio Público en el proyecto de las Unidades Clínico Forenses para Víctimas de Violencia Sexual, donde se consolidan en articulación de la red para realizar una atención oportuna, efectiva y de calidad, que satisfaga los derechos y necesidades de protección, reparación y rehabilitación de las NNA que han sido víctimas de violencia sexual, para disminuir la victimización secundaria y se realicen pericias de sexología forenses de calidad.

A través del desarrollo de las acciones descritas, se busca dar una respuesta encaminada a superar brechas y generar estándares que se condigan con los modelos internacionales de derechos humanos.

VI. Conclusiones

Podemos advertir que del Tercer Protocolo Facultativo de la CDN surge para el Estado y sus diversos órganos la obligación de generar acciones en, al menos, tres niveles:

- a) Difundir y facilitar mecanismos relacionados al sistema de comunicaciones que crea el III Protocolo de la CDN.
- b) Superar las brechas y vacíos en el sistema nacional que se puede advertir desde ya del análisis de diversas recomendaciones y observaciones en materia de derechos de NNA.
- c) En el caso de que se generen maltratos o vulneraciones a los derechos de NNA, el Estado debe brindar soluciones adecuadas con el debido enfoque de derechos y acceso oportuno a vías de reclamación.

Al Ministerio Público, en particular, le corresponde seguir profundizando los proyectos y acciones ya iniciados y trabajar en materias que aún se encuentran pendientes, como son, entre otras, la generación de bases de datos adecuadas; mejoras en sistema de Sistema de Apoyo a Los Fiscales, "SAF"; y generar canales más expeditos y adecuados a sus competencias y posibilidades, que permitan que el NNA puedan manifestar su opinión en cuanto a su investigación y atención, y tenga una pronta ajustada respuesta.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN LAVADO DE DINERO,
DELITOS ECONÓMICOS,
MEDIOAMBIENTALES
Y GRIMEN ORGANIZADO

ELEMENTOS DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA: ESPECIAL REFERENCIA A LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Tania Gajardo Orellana¹

Introducción

El presente artículo analiza la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia y de los Tribunales Orales en lo Penal y en menor medida de Juzgados de Garantía chilenos, en sus fallos respecto al delito de asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal, considerando como punto de partida los pronunciamientos de la jurisprudencia de los Tribunales Orales en lo Penal y Juzgados de Garantía desde el año 2013 a la fecha, complementando un artículo anterior² en el que se analizó la jurisprudencia chilena en cuanto al delito de asociación ilícita desde el inicio de la reforma hasta el año 2012. El objetivo principal es observar cómo se han interpretado los elementos del tipo penal, si se ha continuado en la línea que se llevaba hasta el año 2012 o ha habido cambios. Para ello se van considerando uno a uno los elementos del tipo, contrastando lo indicado por la doctrina y la jurisprudencia considerada al efecto.

Con este fin se analizaron 60 sentencias entre los años 2013 y 2017, tanto de Juzgados de Garantía como de Tribunales Orales en lo Penal y 35 sentencias de Cortes de Apelaciones y Corte Suprema entre los años 2011 y 2018. En las de Juzgados de Garantía y Tribunales del Juicio Oral en lo Penal se conocieron hechos y se resolvió la subsunción de ellos al tipo penal de asociación ilícita. En las de Tribunales Superiores no se conocieron los hechos, ya que los recursos de nulidad no constituyen instancia, pero se consideraron para este artículo las discusiones jurídicas acerca de los requisitos del tipo penal que nos convoca.

En muchas de las sentencias analizadas no hay discusiones en torno a los elementos del tipo penal, sino más bien son condenas en procedimientos abreviados. Las discusiones se han dado en los juicios orales, los que siguiendo la misma tendencia observada hasta el año 2012 son, en su mayoría, absolutorios.

¹ Abogada de la Unidad de Lavado de Dinero, Crimen Organizado y Delitos Económicos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público. Colaboración en la recopilación de fallos de las postulantes Javiera García Ortiz y Constanza Witker Jiménez.

² GAJARDO, Tania. "Elementos del tipo penal de asociación ilícita". En: Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 45, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2010.

En general en las sentencias de Tribunal Oral se aprecia escasa discusión en torno a los elementos del tipo penal, más bien las absoluciones se basan en faltas de prueba en general, pero se rescatan para este trabajo aquellas en donde se han analizado más latamente cada uno de los requisitos del tipo. En la doctrina nacional, si bien hay bastante escrito acerca de la imputación de delitos a grupos organizados³, no se presenta una profundización en los elementos específicos del artículo 292 del Código Penal, que más bien están mencionados en manuales nacionales, lo que no representa una profundización de los elementos de este tipo penal y su aplicación en Chile.

Para estructurar este trabajo, comenzaremos con las sentencias de Juzgados de Garantía y Tribunales del Juicio Oral en lo Penal desde el año 2013 al 2017, ordenando las discusiones y argumentos jurídicos de acuerdo a los elementos del tipo penal⁴. Al final del análisis de cada elemento se agregará lo señalado por los Tribunales Superiores de Justicia, sólo respecto de los casos en que se conocieron sentencias de reforma procesal penal, en otras palabras, se excluyen de este artículo sentencias de tribunales superiores que conocen de casos extra reforma. En la segunda parte se señalan las posiciones de la jurisprudencia en relación con el bien jurídico que justificaría su punición. En la última parte se concluye evaluando la evolución de la jurisprudencia en torno a los elementos del tipo penal, relevando la tendencia a simplificar algunos de estos elementos hacia los tipos de organizaciones criminales de nuestros días, en que la funcionalidad de la estructura es fundamental.

I. Elementos del tipo penal

I. 1. Pluralidad de sujetos

La pluralidad de sujetos como requisito se desprende de la descripción del tipo penal en el artículo 292, en cuanto indica: "Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo

³ Entre los nacionales ver MAÑALICH, Juan Pablo. "Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno". En: Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N° 2, Santiago, Chile, año 2011, págs. 279 – 310. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372011000200005. MEDINA, Gonzalo. "El injusto de la asociación ilícita como problema de la estructura de afectación del bien jurídico". En: MAÑALICH, Juan Pablo (Coordinador). La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Libro Homenaje a los Profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2013, págs. 481-504. En España, CANCIO, Manuel y SILVA, Jesús. Delitos de organización, Buenos Aires, Argentina, B de F, 2015.

⁴ Elementos considerados para el análisis en GAJARDO, ob. cit.

hecho de organizarse". Para estar frente a una asociación lo lógico es que exista primero una pluralidad de sujetos.

Esta exigencia, como se ha explicado antes⁵, varía entre un mínimo de dos o de tres sujetos, dependiendo de la opinión que se siga por la jurisprudencia o los autores. En Chile, el profesor Alfredo Etcheberry⁶ sentó las bases para que se entienda que el requisito se cumple desde dos personas, asimilando el requisito de la pluralidad de sujetos al de las sociedades civiles, en las que es necesario a lo menos dos personas. Para otros autores, y en legislaciones como la argentina, mexicana, nicaragüense y cubana, igual que en la Convención de Palermo contra la criminalidad organizada, para que exista una pluralidad de sujetos punible como asociación ilícita deben ser un mínimo de tres sujetos⁷.

Pero más allá del número de integrantes de la asociación resulta relevante el cómo entendemos que un sujeto forma parte de ella. Aquí juega un rol fundamental lo que en una sociedad lícita llamaríamos *affectio societatis*, esto es, la voluntad de pertenecer al grupo y la posibilidad que tiene el grupo de contar con ese integrante para sus fines, en este caso ilícitos.

La mayoría de las sentencias analizadas exigen la asociación de dos sujetos como mínimo. Así por ejemplo, el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago en sentencia de fecha 28 de noviembre de 2013, en procedimiento abreviado por asociación ilícita para cometer el delito de trata de personas, señala: "[...] Que lo anterior, pone en evidencia que para que exista el delito de asociación ilícita contemplado en los artículos 292 del Código punitivo debe estar constituida por dos o más personas cuyas voluntades convergen[...]"8.

La minoría de las sentencias analizadas exige tres sujetos como mínimo. Una de ellas es la del Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, conociendo de una asociación ilícita que también se dedicaba a la trata de personas, indica: "En cuanto a la **pluralidad de sujetos con una determinada forma de organización,** supone la existencia de dos o más individuos y una relación de jerarquía entre los asociados, en la que unos asumen mayor responsabilidad, encargados de dar las órdenes o dirigir las acciones que otros ejecutan, distribución de funciones que trae como resultado positivo para la asociación que la función realizada por algún integrante pueda ser reemplazada por otro. En relación con este requisito ha de tenerse presente que la Convención

⁵ GAJARDO, ob. cit., p. 231.

⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. Santiago, Chile, Carlos E. Gibbs Editor, 1965, Tomo IV, p. 242.

⁷ ZIFFER, Patricia. El delito de asociación ilícita. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2005, p. 75.

⁸ Sentencia del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, 28 de noviembre de 2013, RUC N° 1100585017-9, RIT N°13542-2011.

de Naciones Unidas contra la Criminalidad Transnacional Organizada (en adelante "Convención de Palermo"), en su artículo 2° letra a) señala que por *grupo delictivo organizado* se entiende "un grupo estructurado de tres o más personas; que exista con carácter previo a la comisión o que se mantenga un cierto tiempo con posterioridad a la comisión del delito; que actúe concertadamente con el objeto de cometer algún o algunos de los delitos graves tipificados en la Convención y con el propósito de obtener un beneficio económico o cualquier otro beneficio de orden material".

Dentro de este elemento, encontramos el fallo de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Número de Ingreso 1539/2015, de fecha 3 de julio del 2015, en el que conoció un recurso de nulidad interpuesto por la defensa en contra de una sentencia condenatoria del Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en el que se condenó por asociación ilícita y tráfico de drogas al acusado. Si bien no estamos en un caso estrictamente de aplicación del artículo 292 del Código Penal, la discusión en la Corte y el voto disidente resultan interesantes para los efectos de este artículo.

La defensa solicitó la nulidad, entre otras causales, por la causal prevista en el artículo 373 letra B del Código Procesal Penal, por error de derecho al condenar al imputado como autor del delito de asociación ilícita, del artículo 16 de la Ley 20.000, en circunstancias que en el caso de autos no estaban presentes los elementos del tipo penal señalado.

La Corte analiza los hechos, que consistieron básicamente en que tres hermanos ingresaban droga al país y la vendían en distintas comunas de Santiago, acreditándose ello desde abril a agosto del año 2013. Luego analiza la prueba y la participación de cada uno de ellos, concluyendo que en este caso, al no existir antecedentes probatorios que acrediten la existencia de una estructura organizada y de carácter estable, sino que solamente se logró probar que existió un grupo de personas realizando acciones individuales, no se cumple con los requisitos exigidos por el tipo penal del artículo 16 de la Ley 20.000, que en este sentido es idéntico a lo exigido por el artículo 292 del Código Penal.

En otras palabras, la Corte sostiene que se prueba la existencia de tres sujetos traficando droga, pero que eso no es igual a que existan tres sujetos asociados traficando drogas. Sólo habría tres sujetos realizando cada uno de ellos en forma individual acciones ilícitas.

Agrega, además, que se vulnera el principio de *non bis in ídem* al condenarse por asociación y tráfico ilícito cuando se están desvalorando los mismos

⁹ Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, 24 de noviembre de 2017, RUC N° 1500990320-5, RIT N° 112-2017.

hechos como constitutivos de ambos delitos, toda vez que no se presentó prueba en torno a la asociación ilícita.

El voto disidente del abogado integrante Sr. Cruchaga indica: "Se entiende por organización delictual, para estos efectos, a aquella sociedad criminal constituida por un grupo de dos o más personas, jerárquica y disciplinariamente constituido, unidas por el propósito común y de permanencia en el tiempo, de incurrir en una indeterminada cantidad de delitos a in de repartirse las utilidades o beneficios que de ellos provenga". Por lo que a su juicio, efectivamente este grupo de sujetos cumplía con los requisitos antes mencionados, puesto que los elementos que deben ser probados particularmente, fueron probados en su oportunidad.

Así, se dicta una sentencia de reemplazo, donde se absuelve por asociación ilícita, destacando que: "La presencia a una asociación no puede confundirse con la situación de coautoría o coparticipación, la intervención de personas aún coordinadas, no supone la existencia de una organización en cuanto a un aliud y un plus, frente a la mera codelinciencia (SSTS 706/2011, de 27 de Junio; 940/2011, de 27 de Septiembre; y 1115/2011 de 17 de Noviembre, tribunal Supremo de España)¹⁰".

Como se observa, la I. Corte de Apelaciones de Santiago en este fallo señala una importante directriz en cuanto a la pluralidad de sujetos, y es que más allá del número de integrantes de la asociación, estos deben actuar de forma conjunta y no cada uno realizando una actividad ilícita de carácter individual.

La Corte Suprema en el fallo del caso conocido como "Eternia", Rol 37965/2015, de 24 de febrero de 2016, cita a Mario Patricio Ruiz Zurita, en su libro "El delito de asociación ilícita", quien al respecto indica: "El delito prevé la integración de dos o más personas en el cometimiento de los hechos. A la par de la permanencia y del acuerdo de voluntades tendiente a la ejecución de planes para cometer delitos determinados, resulta importante analizar el grado de pertenencia que tienen hacia la sociedad criminal todos y cada uno de sus miembros. Ello no exige por sí una actividad material, sino la de estar intelectualmente en el concierto delictivo que se forma o unirse al ya formado; o sea coincidir intencionalmente con los otros miembros sobre los objetivos asociativos... La participación como coasociado presupone la conciencia del objeto del pacto y la voluntad de ligarse con él".

El mismo autor a su vez señala respecto del número de sujetos para cumplir con este requisito que: "el requisito mínimo sería el de dos personas, siguiendo

¹⁰ Sentencia I. Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de julio de 2015, número de ingreso 1539-2015.

la doctrina del profesor Etcheberry. En sus palabras: "La asociación ilícita sería un delito que solo requiere la intervención de dos o más personas en un acuerdo [...]"¹¹.

Como se señaló, más allá del número de integrantes, es relevante el conocimiento y la voluntad de los sujetos de pertenecer a la asociación. Para ello han sido relevantes en los casos conocidos las conversaciones y acuerdos de los miembros de las organizaciones anteriores a la comisión del plan criminal, por ejemplo, llamándose para salir a cierta hora sin mayores explicaciones, lo que nos da una señal clara de que ellos saben para qué se juntarán, y se trata de una actividad concertada y conocida por ellos, con la que cumplirán los fines del grupo.

I. 2. Organización y jerarquía

En este elemento del tipo penal es en el que vemos mayor flexibilización y ajuste a los tiempos por parte de la jurisprudencia en Chile. Cuando comenzó la reforma, en los primeros casos de asociaciones ilícitas, se exigía una estructura jerárquica piramidal, caricaturesca, cercana a la mafia italiana, lo que al día de hoy ha ido cambiando considerando las finalidades de las asociaciones y que la organización sea funcional a dicha finalidad¹².

Para ilustrar este cambio veremos una de las dos sentencias en juicio oral desde el año 2013 al 2017 en que se condenó por este delito. Se trata del caso conocido como "Eternia" de la Fiscalía Regional Metropolitana Occidente, en que el Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago entendió la organización como: "Así, la asociación ilícita lleva consigo, por su propia naturaleza, una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso, una cierta jerarquización; empleo de medios materiales; continuidad temporal del plan criminal más allá de la simple u ocasional consorciabilidad para el delito o mera codelincuencia" Esta interpretación es reafirmada por la Corte Suprema en conocimiento de este caso en febrero de 2016.

En la doctrina nacional, Politoff, Matus y Ramírez, al indicar los requisitos del delito, en particular la organización, refieren: "es necesaria la existencia de

¹¹ RUIZ, Mario. El delito de asociación ilícita. Santiago, Ediar, 2009, p. 11.

¹² Acerca de las primeras exigencias en este sentido ver GAJARDO, Tania. "Análisis jurisprudencia del delito de asociación ilícita en los doce primeros años de reforma procesal penal". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, número 58, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2014, págs. 263-264.

¹³ Sentencia del Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 30 de junio de 2014, RUC N° 1200340401-1, RIT N° 23-2014.

una organización más o menos permanente y jerarquizada, con sus jefes y reglas propias, destinada a cometer un número indeterminado de delitos"¹⁴.

Se considera, que al establecer el artículo 293 una pena diferenciada para jefes y partícipes de la asociación, así como una diferencia entre las asociaciones ilícitas para cometer crímenes y las para cometer simples delitos, debemos poder necesariamente distinguir entre jefes y no jefes y los únicos objetivos deberían ser cometer crímenes o simples delitos, exceptuando las faltas.

Esta jefatura implica poder señalar a alguien que coordina la ejecución del plan criminal, que da indicaciones y reparte el fruto de la labor delictual. No necesariamente debemos estar ante un sujeto que responda a antiguos cánones de jefatura, como su poder absoluto sobre los partícipes, su blindaje, pactos de silencio, entre otros.

El Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, en sentencia condenatoria en juicio oral por asociación ilícita para la trata de personas, señaló acerca de la jerarquía y organización: "En cuanto a la pluralidad de sujetos con una determinada forma de organización, supone la existencia de dos o más individuos y una relación de jerarquía entre los asociados, en la que unos asumen mayor responsabilidad, encargados de dar las órdenes o dirigir las acciones que otros ejecutan, distribución de funciones que trae como resultado positivo para la asociación que la función realizada por algún integrante pueda ser reemplazada por otro"¹⁵.

Otro ejemplo de flexibilización de la jurisprudencia dentro del elemento organización y jerarquía está en esta sentencia en procedimiento abreviado, en la que se conocen hechos cometidos por una asociación dedicada al uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito: "Existe una pluralidad de personas que formaban parte de la organización más de diez personas, que tenían una organización y distribución de funciones definidas en pos de un proyecto delictivo común" Resulta interesante esta asociación en la que el tribunal resalta la importancia de la organización en pos de un objetivo común, como muestra de la funcionalidad que debe presentar la organización para que se entienda cumplido el requisito organizativo. En este caso el grupo se dedicaba al uso fraudulento de tarjetas, delito que requiere coordinación tanto entre los sujetos como con los elementos materiales tecnológicos que se utilizaban, y la forma en que ellos lo hacían y como se ejercía la jefatura respondía adecuadamente a su finalidad.

¹⁴ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial. Reimpresión de la 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011, págs. 598-599.

¹⁵ Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, 24 de noviembre de 2017, RUC N° 1500990320-5, RIT N° 112-2017.

¹⁶ Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, 20 de enero de 2017, RUC N° 1600201418-5, RIT N° 1539-2016.

La sentencia del caso citado conocido como "Eternia", llegó hasta la Excelentísima Corte Suprema debido al recurso de nulidad presentado por la defensa invocando como primera causal que se vulneraron las garantías constitucionales de los números 3 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, ya que el Juzgado de Garantía concedió en reiteradas oportunidades autorizaciones para interceptar y registrar las llamadas telefónicas atingentes a los celulares de los imputados, las que fueron obtenidas, a juicio de los recurrentes, con infracciones a sus garantías constitucionales, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que si no hubiesen contado con dichas pruebas obtenidas de forma ilícita, la sentencia hubiese sido absolutoria.

Como causal subsidiaria, invocaron la letra B del artículo 373 del Código Procesal Penal, argumentando que hubo un error en la calificación jurídica del hecho contenido en el número uno del auto de apertura del juicio oral, toda vez que no se configuraría la figura del delito de asociación ilícita. En lo atingente a este requisito de organización y jerarquía, la defensa señaló que se requería para la configuración de la asociación ilícita la presencia de una estructura jerarquizada, con división de funciones, con permanencia en el tiempo, con un fin delictivo común y ánimo de lucro común por parte de los hechores.

La Corte, en el considerando décimo de la sentencia, indica respecto a este requisito: "Que, en lo concerniente al delito de asociación ilícita previsto en el artículo 292 del Código Penal y sancionado en los artículos 293 y 294 del citado cuerpo legal, para que se configure es menester que concurran los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia señalan, a saber: participación concertada de varias personas, esto es, pluralidad o multiplicidad de individuos; jerarquía que se manifiesta dentro de una organización que evidencia estructura en su funcionamiento, o sea alguno de sus miembros deben ejercer funciones de mando y otros acatar las órdenes e instrucciones, y debe existir cierto grado de organización, lo que significa que cada uno debe cumplir funciones o tareas específicas, dependientes unas de otras, para cumplir el o los fines colectivos e instrumentales a los de la agrupación [...]"¹⁷.

Se puede apreciar como en esta sentencia del año 2016, la Corte Suprema hace suya la flexibilización de la exigencia organizativa, en cuanto señala expresamente que debe existir cierto grado de organización, pudiendo distinguir jefes que dan órdenes y otros que las acatan, pero descartando las exigencias de estructuras piramidales de las sentencias de principios de la reforma procesal penal.

¹⁷ El destacado es nuestro.

De esta forma, la Corte Suprema, al analizar los hechos y los requisitos de la asociación, especialmente la organización y jerarquía, advierte el cumplimiento de ellos y rechaza el recurso impetrado por la defensa en el caso "Eternia".

I. 3. Finalidad común de cometer delitos

La asociación para que sea ilícita debe estar formada para cometer delitos o crímenes en contra del orden social, las buenas costumbres, las personas o las propiedades. Esto es lo que indica el artículo 292 del Código Penal. En este requisito, que a simple vista parece simple de cumplir, vemos una importante dificultad, cual es probar que todos los miembros de la asociación conocían y querían llevar a cabo el plan criminal que incluye cometer delitos y crímenes que dañen o ponen en peligro bienes jurídicos que puedan entenderse como protegidos bajo estos conceptos. Especialmente problemáticos resultan los de orden social o buenas costumbres, a diferencia de los de propiedad y personas, por estar los segundos descritos expresamente en el Código Penal.

Esto respecto de las asociaciones ilícitas sancionadas de acuerdo al artículo 292 del Código Penal, y no de las especialmente sancionadas en otras leyes de carácter especial. En nuestro país encontramos sancionadas especialmente las asociaciones ilícitas dedicadas a la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, a las conductas de carácter terroristas, al lavado de dinero, tráfico de drogas, crímenes de lesa humanidad y genocidio¹⁸.

Las asociaciones ilícitas sancionadas en estas leyes especiales no difieren en cuanto a sus elementos fundamentales de los del artículo 292 que estamos analizando, sino que cambian en cuanto a los delitos del plan criminal, por esto, frente a ellas no debemos preguntarnos si los delitos pueden amenazar o causar daño al orden social, buenas costumbres, propiedades o a las personas, sino que se cumple el requisito en el evento que el objetivo común sea cometer delitos tipificados por estas leyes especiales, entiéndase trata de personas, tráfico de migrantes, lavado de dinero, tráfico de drogas, delitos terroristas, crímenes de lesa humanidad o genocidio.

No es coincidencia que uno de los juicios orales con resultado condenatorio sea justamente acerca de una asociación ilícita cuyo plan criminal era la comisión de delitos de trata de personas, ya que al tratarse de una norma especial, el artículo 411 *quinquies* del CódigoPenal, en que expresamente se indica que se sancionará a título de asociación ilícita a quienes actúen organizados para fines de trata de personas, no se produce la dificultad de probar que los delitos

¹⁸ Leyes 20.507, 18.314, 19.913, 20.000 y 20.357 [en línea]. Disponibles en: www.bcn.cl

del plan criminal de la asociación que se está conociendo sean contrarios a conceptos indeterminados como el orden social o las buenas costumbres¹⁹.

La otra sentencia condenatoria en juicio oral, se trata de delitos contra la propiedad, por lo que no hubo mayor dificultad frente a este requisito²⁰. Entre los fallos absolutorios, en el que podemos observar un problema asociado a este requisito, está el del Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, en el caso conocido como "Minera los Pelambres", ya que lo que se perseguía como delito del plan criminal era la prevaricación del abogado, el que fue considerado por el tribunal como un delito que no cumplía con ninguna de las finalidades de los delitos que exige el artículo 292 del Código Penal: "[...] Si bien este delito es uno de mera actividad ya que no exige que la acción vaya seguida de la acusación de un resultado, es del caso que la asociación criminal debe estar formada para la comisión de algunos de los delitos previstos en la ley (Sentencia de la Excma. Corte Suprema de 19 de noviembre de 2002, Rol N° 1183-02), por lo que no puede caber sino preguntarse ¿Qué tipo de delitos eran los que esta supuesta organización estada destinada a cometer?"²¹.

Luego de analizar que tampoco cometieron los delitos del plan criminal, el Tribunal indica que de haberlos cometido, no serían de aquellos que exige el artículo 292 del Código Penal. Aquí podríamos agregar que tampoco los establecidos en las leyes especiales mencionadas.

Actualmente existe una conocida investigación por asociación ilícita para cometer delitos de obstrucción a la investigación y diversas falsedades documentales, los que hasta el momento se han entendido como delitos en contra del orden social, interpretación que entendemos como correcta por tratarse de delitos que afectan la fe pública, pilar fundamental del orden social, y porque los sujetos activos de los delitos, funcionarios públicos, justamente están llamados a tener un especial cuidado con que sus acciones en el ámbito de sus funciones no afecten el orden social²².

La Corte Suprema, en la sentencia del caso "Eternia" ya citada, indica en el considerando décimo al respecto: "El segundo requisito típico está concernido

¹⁹ Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, 24 de noviembre de 2017, RUC N° 1500990320-5, RIT N° 112-2017.

²⁰ Sentencia del Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 30 de junio de 2014, RUC N° 1200340401-1, RIT N° 23-2014.

²¹ Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, 18 de enero de 2013, RUC N° 0900709363-K, RIT N° 25-2012.

²² Se trata de la investigación conocida como "Caso Huracán", en la que los imputados son funcionarios de Carabineros de Chile. La investigación se formalizó por asociación ilícita, entendiendo el Juzgado de Garantía que se cumplían los requisitos del delito en cuestión, lo que fue revisado y confirmado por la I. Corte de Apelaciones de Temuco.

a la finalidad a la que se dirige la actividad de los miembros de la asociación, cual es la "de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades", por lo tanto, tendrá carácter de ilícita, en los términos del artículo 292, toda asociación cuyos miembros tengan, entre las finalidades que los motiva a reunirse, la voluntad de realizar conductas que se encuentran penalmente tipificadas. En ese sentido se pronuncia Etcheberry, quien entiende que "la perpetración de atentados, quiere decir en realidad la perpetración de delitos"".

Otro aspecto relevante a abordar en este sentido, es qué pasa con las personas que aportan con algunos actos a los fines ilícitos de la asociación, pero su actividad considerada en solitario es lícita, como por ejemplo ha pasado en dos casos de asociaciones ilícitas para la trata de personas con los taxistas. En ambos casos los taxistas transportaban desde el aeropuerto a las mujeres víctimas hasta las direcciones indicadas por los jefes de las asociaciones, y en ambos los fallos absuelven a los choferes de este delito considerando que su actuar es una conducta neutral.

En este fallo, en procedimiento abreviado en contra del chofer de la asociación, el Tribunal razona lo siguiente: "De esta manera su accionar es transitorio en el préstamo del servicio de traslado y no denota una presencia de voluntad de pertenecer como miembro de la organización con fines delictivos que digan relación con su participación trascendente en la estructura de ésta, como tampoco se colige una exteriorización de la conducta de sus integrantes y de él mismo que permita a éste reconocerse como perteneciente a un conjunto que comparte objetivos comunes, distinto a algunos de los otros acusados, refiriéndose el líder de la organización como también la sentenciada Vilma Pitra a este acusado, como el taxista "don Rubén" o "Rubencito", es decir, no en un plano de igualdad en la asociación y menos en una posición jerárquica dentro de ella"23. Parece acertado el razonamiento acerca de las conductas neutrales en cuanto al delito del plan criminal, pero si esa conducta en apariencia neutral, brinda un servicio a la asociación, con el ánimo y conocimiento de realizarlo, debería considerarse a lo menos como cómplice de la misma, y no ser una conducta atípica en relación con la asociación ilícita.

En resumen, para el cumplimiento de este requisito debemos tener a un grupo de sujetos organizados, que tengan el conocimiento y la voluntad de cometer delitos en contra de las personas o la propiedad (hipótesis más fáciles de cumplir), el orden social o las buenas costumbres (hipótesis con una interpretación más difusa, mayores exigencias para cumplirlas), o bien, que se trate de una asociación que se dedique a los delitos de las

²³ Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, 28 de noviembre de 2013, RUC N° 1100585017-9, RIT N° 13542-2011.

leyes especiales ya indicadas, casos en los cuales por estar específicamente descrito el delito del plan criminal en la propia ley, se hace más clara su interpretación y aplicación.

I. 4. Permanencia en el tiempo

Este requisito de las asociaciones ilícitas requiere de una mención especial, en cuanto a que la permanencia en el tiempo es la expresión fáctica de la voluntad de asociarse. Para conocer la voluntad de asociarse en una sociedad lícita, generalmente contaremos con algún instrumento escrito que dé cuenta de esa voluntad, pero en el caso de las asociaciones ilícitas sólo podemos contar con los actos que nos permitan inferir dicha voluntad. En este sentido, la permanencia en el tiempo nos da un indicio de que la voluntad de operar hacia el futuro de una manera indeterminada existe, y con esto podríamos probar la voluntad de pertenecer a esa asociación y su conformación.

Esta voluntad de permanencia y de actuación conjunta de forma indeterminada es la diferencia fundamental con la mera coparticipación. En ella, si bien hay acuerdo de realizar una actividad ilícita, esta es determinada a la actividad propuesta, y no una voluntad de dedicación a la actividad ilícita propuesta de forma indeterminada.

Esto no implica que la asociación deba tener vocación de durar para siempre, eso sería un requisito imposible de cumplir, sino que se trata de que no tenga establecido desde su nacimiento el ánimo de llevar a cabo un hecho o algunos hechos limitados y terminar, ya que el ánimo de asociarse justamente implica una actividad conjunta que no está limitada a uno o unos actos en particular, sino que a una generalidad de actos de la especie acordada.

Para Ziffer, "El carácter de "permanente", en todo caso, es inherente a la asociación misma, en tanto es el reflejo del vínculo que une a sus integrantes y que va más allá del agruparse para la comisión de un hecho concreto. La exigencia de permanencia, sin embargo, no debe llevar a ver el disvalor del delito en la constante disposición del grupo a cometer delitos en el futuro, o como se lo ha formulado, en la habitualidad o la profesionalidad en el delito, sino, en todo caso, en la vocación del grupo de perdurar para la comisión de varias acciones punibles independientes. Pues de la sola existencia de ese plan de cometer "varios delitos" surge no ya un mayor peligro de la acción conjunta de una pluralidad de agentes, sino, antes bien, un peligro de "latencia", consistente en la disposición constante de la asociación para la comisión de delitos sin que cada vez deba renovarse el acuerdo entre los miembros.

La "permanencia", por lo tanto, se refleja en la subsistencia de la amenaza derivada de la expresión activa de la disposición de la voluntad de sus integrantes de colaborar en los hechos delictivos cada vez que la asociación lo

requiera, y frente a cuya manifestación ya no existe razón para confiar en que sus integrantes habrán de atenerse a la norma"²⁴.

En este sentido algunas sentencias chilenas han interpretado que la permanencia en el tiempo está asociada a la contabilidad de un tiempo determinado, y han absuelto porque la asociación funciona hace menos de X tiempo, o no se probó que funcionara a lo menos X tiempo²⁵. Entendemos que este raciocinio es incorrecto, dado que ni el tipo penal ni la doctrina señalan que sea necesario un mínimo de tiempo a probar para que exista el delito de asociación ilícita.

En un fallo absolutorio, justamente, se cuestiona la prueba de la permanencia en el tiempo: "No se rindió prueba con el objeto acreditar la permanencia en el tiempo de esta supuesta organización, por lo que no existe ningún elemento para dar por acreditado que la finalidad de la misma era la comisión de un número indeterminado de delitos, menos se acreditó que concurriera el elemento subjetivo de la affectio societatis, entendida como el conocimiento y voluntad de pertenencia a una organización cuyo objetivo o "giro" es la comisión de crímenes o simples delitos, razón por la cual se estima que no se configura el tipo penal de asociación ilícita por el cual se presentó acusación"²⁶.

En el fallo del Caso Eternia se tiene por probada la permanencia en el tiempo, y se asocia a la *affectio societatis*, entendiendo que esta permanencia es la que diferencia a la asociación de la mera coparticipación: "[...] Continuidad temporal del plan criminal más allá de la simple u ocasional consorciabilidad para el delito o mera codelincuencia".

En el segundo juicio en el TOP de San Antonio, que siguió al primero anulado citado, se cuestionó la permanencia en el tiempo, entendiendo el Tribunal que había solamente coparticipación: "En tal contexto, y como se anunció en el veredicto, lo único que se ha podido establecer en este juicio, en relación a los cuatro acusados referidos, es una coautoría en torno a la desviación de especies destinadas a destrucción desde un almacén bajo potestad aduanera de Saam Extraportuario S.A. el día 30 de octubre de 2014, más no, desde ese único hecho, elementos indiciarios de que el delito en cuestión no se cometió como un hecho concertado único, en contraposición a un estado de antijuricidad sostenido en el tiempo y creado o aprovechado por la "organización", Aquí, y solo a modo ejemplar, ya la jurisprudencia ha advertido que "...no puede

²⁴ ZIFFER, ob. cit., p. 74.

²⁵ GAJARDO, Análisis jurisprudencia del delito de asociación ilícita en los doce primeros años de reforma procesal penal, ob. cit. p. 263.

²⁶ Tribunal Oral en lo Penal de Angol, 17 de febrero de 2014, RUC N° 0900969218-2, RIT N° 91-2013, considerando octavo.

confundirse la asociación ilícita con la ejecución de un plan delictivo por una pluralidad de personas, como sucede en la especie, lo que pertenece a la coparticipación delictiva, aun cuando ambos supuestos presenten ciertos rasgos o características comunes" (Excma. Corte Suprema, Rol N°6819-2008), recordando, como bien señala CORNEJO, que "...la asociación ilícita constituye un delito colectivo perfectamente autónomo, puesto que dicha autonomía no sólo se produce ante la coautoría o ante la coparticipación criminal, sino respecto a cada uno de los delitos cometidos por cada miembro de la organización" (CORNEJO. Asociación ilícita y delitos contra el orden público. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001. P.105). En consecuencia, sin la prueba ya desestimada, el Tribunal no puede desprender, a nivel indiciario, ni en un plano fáctico ni jurídico, ni la existencia de una estructura jerarquizada, a distribución de tareas ni la estabilidad temporal o permanencia en el tiempo de la organización, considerando un hecho único como única cuestión acreditada en relación a los acusados ya referidos"²⁷.

En un fallo en procedimiento abreviado en que se condenó por asociación ilícita para cometer delitos de uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito, el Tribunal valoró la permanencia en el tiempo entendiendo que la asociación funcionaba desde tiempo pretérito con voluntad de seguir operando hacia el futuro: "Existe claramente en esta organización una permanencia en el tiempo acreditada por lo menos desde octubre de 2015, con el único fin de ejecutar el negocio delictivo, todas los antecedentes incluido la propia declaración de los acusados da cuenta claramente de que se encuentra acreditado este elemento"²⁸.

Para concluir con este requisito, resulta interesante el fallo condenatorio anteriormente citado por asociación para la trata de personas, en el que el Tribunal entiende como prueba indiciaria de la permanencia en el tiempo proyectiva, la permanencia prospectiva probada: "En cuanto a la permanencia en el tiempo, era necesario probar que los miembros de la organización han mantenido durante algún tiempo su forma de actuar respecto del grupo, lo que estos jueces estiman que se acreditó a través de las escuchas telefónicas que dan cuenta del tiempo en que Alarcón Miranda se contactaba con los otros miembros de la organización, a saber, por lo menos, desde octubre de 2015 hasta el 21 de mayo del año 2016, fecha esta última en que los imputados son detenidos [...]"²⁹.

²⁷ Segundo juicio, Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, posterior a la nulidad de la sentencia y del juicio (declarada por la I. Corte de Valparaíso el 3 de marzo de 2017), 9 de abril de 2018, N° Reforma Procesal Penal 59-2017.

²⁸ Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, 20 de enero de 2017, RUC N° 1600201418-5, RIT N° 1539-2016.

²⁹ Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 11 de julio de 2017, RUC N° 1600660322-3, RIT N° 106-2017.

II. Bien jurídico

En las sentencias de nuestros tribunales encontramos la amplia gama de visiones del bien jurídico tras la asociación ilícita expresada en la doctrina nacional y comparada. Así, tenemos sentencias en donde los jueces indican que se afecta el derecho a asociarse, el poder del Estado, el orden público, como quienes indican que es un adelanto de la punibilidad y sólo se protege el mismo bien que el o los delitos del plan criminal.

El fallo absolutorio en juicio oral del caso conocido como "Minera los Pelambres", es de aquellos que señalan que el bien jurídico protegido es "el propio poder del Estado el que no se ve alterado ni en peligro por las acciones ejercidas por los imputados"³⁰.

Coincidente con el fallo anterior, el del siguiente caso entiende que también se trata del poder del Estado, lo que llama la atención debido a que se trata de un caso por artículo 411 quinquies, esto es, asociación para el tráfico ilícito de migrantes, en donde se podría interpretar que el bien jurídico de las asociaciones ilícitas especiales es coincidente con el de los delitos del plan criminal, lo que no alteraría su carácter de autónomo, dado que la asociación debe constituirse para cometer delitos, y se sanciona independiente de que estos se cometan o no. El Tribunal, en su fallo absolutorio, indicó: "Considerando que el bien jurídico protegido es el propio poder del Estado, en cuanto se compromete su primacía jurídica como institución jurídica y política por la mera existencia de una organización o institución que posee fines ilícitos, ello no se acreditó en el caso sub lite, cabe consignar que, en cuanto a la documental y testimonial, los acusadores contaban con todas las herramientas legales para presentar en juicio de manera adecuada la prueba destinada a comprobar la existencia de una asociación ilícita, sin embargo, solo se dio lectura a los documentos remitidos del extranjero, que dan cuenta de actuaciones policiales, que si bien pueden remitirse entre los países en la fase investigativa en el contexto de la cooperación internacional, de acuerdo a lo establecido precisamente en los artículo 18 N°18, 21 y 22 de la Convención de Palermo, ello no exime al Ministerio Público y querellantes de la obligación de incorporar al juicio la prueba acorde a las normas nacionales que resguardan el debido proceso, no siendo posible entonces, para el Tribunal, valorar declaraciones testimoniales escritas, reportes del FBI, o anexo alguno, menos aún si es en idioma extranjero sin traducción oficial. Util a este respecto hubiese sido, por ejemplo, contar con las sentencias judiciales que los informes policiales refieren en relación a S., por hechos de similar naturaleza³¹.

³⁰ Sentencia del Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 30 de junio de 2014, RUC N° 1200340401-1, RIT N° 23-2014.

³¹ Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 11 de julio de 2017, RUC N° 1600660322-3, RIT N° 106-2017.

El fallo del caso Eternia asume como posición que el bien jurídico es derecho a asociación: "El tipo del artículo 292 del Código Penal, que reprime los abusos -mediante la desviación de la asociación hacia fines antijurídicos, atentado contra el orden social, las buenas costumbres, las personas o las propiedades-al derecho de todos los habitantes el derecho de asociarse sin permiso previo contemplado en el artículo 19 N° 15 de nuestra carta fundamental. (Labatut Gustavo, "Derecho Penal", Editorial. Jurídica de Chile, Santiago, 1951, Tomo II, pág. 165)"³².

En la sentencia condenatoria en juicio oral por el delito de asociación ilícita para la trata de personas, previamente citada, sustentan el mismo bien jurídico que en el caso anterior, esto es, el derecho de asociación: "En efecto, en concepto de estos sentenciadores, concurren todos los elementos normativos del tipo penal, el cual requiere de la unión de dos o más personas (pluralidad) con una voluntad común, dotados de una organización jerárquica, teniendo por finalidad la comisión de simples delitos de trata de personas con fines de prostitución (artículo 411 ter del Código Penal), ilícito que se encuentra establecido para reprimir y castigar el ejercicio ilegítimo del derecho de asociación sin permiso previo que establece el artículo 19 N°15 de la Constitución Política de la República"33.

Curioso resulta el fundamento de la sentencia del Juzgado de Garantía de San Bernardo, en la que rechaza la posibilidad de reconocer la atenuante de reparación celosa del mal causado, debido a que sea cual fuera el bien jurídico tras el delito de asociación ilícita, el orden público o la autotutela del Estado, ninguno de ellos podría ser reparado con celo, dado que se trata de garantías supraindividuales. El Tribunal no toma partido por alguna de las nociones de bien jurídico, sino que se limita a señalar que fuera cual fuere es supraindividual y no susceptible de reparación por parte de los acusados³⁴.

En este fallo citan el "Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N° 20.000", de Raúl Carnevalli y Hernán Fuentes, el que ciertamente se refiere a la autotutela del Estado y a bienes supra individuales porque está escrito respecto de la aplicación de la asociación ilícita para el delito de tráfico de drogas, y no está pensando en el artículo 292 en general.

³² Sentencia I. Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de julio de 2015, número de ingreso 1539-2015.

³³ Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, 24 de noviembre de 2017, RUC 1500990320-5, RIT 112-2017.

³⁴ Juzgado de Garantía de San Bernardo, 23 de agosto de 20, RUC N° 1100881960-4, RIT N° 10266-201

Para la Corte Suprema el bien jurídico tras la asociación ilícita, según se desprende de distintos fallos, es el poder del Estado. En sus palabras: "tampoco se observa la necesaria lesión al bien jurídico protegido por el artículo 292 del Código Penal, en la medida que se considere, como lo hace un sector de la doctrina, que ese objeto jurídico amparado es el propio poder del Estado, esto es, su primacía en cuanto institución política y jurídica, comprometida por el mero hecho de la existencia de otra institución, con fines antitéticos a los suyos, que le discute esa hegemonía o monopolio del orden jurídico y político, dicho de otra manera: con el delito de asociación ilícita trata nuestro Código de proteger la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquiera otra organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla, pues la mera existencia de una pluralidad de personas que, de forma organizada (asociativamente), intentan unos objetivos opuestos a las leyes penales, pone ya en entredicho la suprema y efectiva supremacía del poder del Estado. De todo lo cual, es lógico colegir que el titular del bien jurídico protegido es el propio Estado, guardián del orden social, que ostenta el monopolio del orden jurídico, y no la colectividad indiscriminadamente considerada; en cuanto se estime que es el orden público el objeto protegido en la asociación criminal, siendo el conglomerado social en su conjunto, y no el Estado, el sujeto pasivo del delito, tampoco puede entenderse acreditado el ilícito. La existencia de una asociación cuyo objetivo sea la comisión de delitos afecta, por sí misma, a la tranquilidad pública, no sólo porque el hecho del conocimiento de su existencia produce inquietud social, sino también por el peligro que implica para la preservación del orden social establecido y legalmente protegido"35.

Conclusiones

Los requisitos de pluralidad de sujetos, organización o jerarquía, finalidad común de cometer delitos y permanencia en el tiempo analizados como los exigidos por la doctrina y la jurisprudencia para estar ante la consumación del delito de asociación ilícita, se han asentado en nuestros juzgados y tribunales de justicia desde el inicio de la reforma a la fecha. Éstos, a su vez, se han ido flexibilizando y adecuando a los tiempos, en que lo relevante de la forma organizativa es la funcionalidad a los fines de la organización más allá que la estructura piramidal exigida en los primeros fallos del año 2002, con reforma procesal penal.

Aún en este escenario de mayor flexibilidad en la interpretación de los requisitos, se aprecia la dificultad que implica lograr condenas por este delito en juicios orales, en los que en su mayoría se absuelve por el delito

³⁵ Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, N° 5.576-2007, considerando N° 7°.

de asociación ilícita, siendo el principal fundamento la falta de pruebas que atiendan específicamente a probar cada uno de los elementos aquí analizados.

Las condenas siguen siendo en su mayoría en procedimientos abreviados, en los que no hay mayor profundización en las sentencias acerca de la presencia de los elementos del tipo penal. En los juicios orales las condenas están relacionadas con delitos contra la propiedad o con delitos en que la asociación se ha tipificado específicamente para ellos, como la trata de personas.

En las absoluciones no vemos argumentos en contra de los requisitos que hemos considerado como necesarios para la existencia del delito, sino que vemos un refuerzo de ellos, en cuanto los Tribunales han señalado que absuelven por no haberse probado justamente estos elementos, siendo el caso paradigmático el de la sentencia del Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago³⁶, en que el tribunal entiende que existió una asociación ilícita para cometer delitos de tráfico ilícito de migrantes, pero que los antecedentes que se llevaron al juicio no fueron exhibidos de la forma en que el tribunal entendía que debía realizarse para que esta fuera considerada en forma legal, habiendo superado dicha prueba la audiencia de preparación de juicio oral.

Nuestros Tribunales Superiores de Justicia siguen esta misma línea de razonamiento, en las pocas oportunidades en las que han tenido que pronunciarse tratándose de casos específicamente del artículo 292 del Código Penal (y no del artículo 16 de la Ley 20.000, en que las sentencias son numerosas) provenientes de Juzgados de Garantía y Tribunales del Juicio Oral en lo Penal, enriqueciendo el análisis con las citas de autores como Mario Ruiz, Patricia Ziffer y Alfredo Etecheberry, dotando de contenido al tipo penal analizado.

Como idea final es importante destacar que la persecución de la criminalidad organizada, personificada en el tipo penal de asociación ilícita es un imperativo en nuestros tiempos, en que la eficiencia en el uso de los recursos estatales para la persecución del delito exige que aquellos delitos que se cometen por asociaciones delictuales sean investigados y condenados como tales. De lo contrario, se pierden esfuerzos y recursos en la persecución infructuosa de la criminalidad individual, la que sólo debilita a las asociaciones, pero las deja seguir funcionando con el resto de sus integrantes, configurándose como entidades de peligro latente para la sociedad.

³⁶ Sentencia del Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 30 de junio de 2014, RUC N° 1200340401-1, RIT N° 23-2014.

ACERCA DEL DELITO DE LOTEOS IRREGULARES

Rodrigo Peña Sepúlveda¹

Resumen

El objetivo del presente artículo es analizar, de forma breve y práctica, la figura típica contemplada en el artículo 138 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (comúnmente denominada como delito de "loteos irregulares"), tratando de dar respuesta a las interrogantes más frecuentes que se generan en torno al ilícito mencionado. Con dicho objeto, revisaremos el contenido de injusto del hecho, cuestión directamente relacionada con la accesoriedad del tipo a la regulación urbanística, la determinación del comportamiento típico, la aparente limitación del círculo de destinatarios de la norma y su eventual caracterización como delito "especial", para finalizar con algunas otras consideraciones que pueden ser de importancia o utilidad para el lector.

I. Introducción

Según lo señalado por el Ministerio de Bienes Nacionales los loteos irregulares, o también llamados loteos "brujos", son "subdivisiones de terreno que no cuentan con un permiso provisorio o definitivo de la Municipalidad correspondiente. Estos terrenos no poseen delimitaciones claras de calles, tampoco acceso a espacios públicos ni a servicios básicos como: alcantarillado, agua potable, luz, entre otros".

En la práctica constituyen subdivisiones de hecho realizadas fuera de los límites urbanos o fuera de los límites de los planes reguladores intercomunales², de una superficie inferior a los 5.000 m², que es la superficie predial mínima exigida por la Ley General de Urbanismo y Construcciones y el DL 3.516, que establece normas de división de predios rústicos.

¹ Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medio Ambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

² Existentes en las regiones Metropolitana, de Valparaíso y del Bío – Bío.

La creciente proliferación de esta clase de subdivisiones prediales³ se explica por el constante aumento de población urbana, principalmente, en las regiones más grandes e industrializadas del país, así como por el alto valor de los terrenos al interior de los límites urbanos, lo que aumenta la demanda por predios accesibles, desde un punto de vista temporal y geográfico, como también económico.

El referido fenómeno ha llevado a que muchos "loteadores" (más adelante se explicará con mayor detalle en qué consiste el referido concepto) inescrupulosos vendan o subdividan terrenos en lugares no regularizados o regularizables, o de cabida menor a la legal, con nefastas consecuencias para los adquirentes de los mismos, así como respecto de las comunidades aledañas a los referidos loteos y los municipios donde ellos se emplazan.

Justamente estas últimas instituciones firmaron, en el mes de junio recién pasado, un histórico acuerdo con el ministro de Bienes Nacionales y la subsecretaria de la cartera, para poner fin a los denominados loteos irregulares o "brujos", lo que estimamos elevará el número de denuncias y querellas relativas al mencionado ilícito que tendrán que ser investigadas por el Ministerio Público.

A continuación, realizaremos un breve análisis del tipo penal del artículo 138 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, que sanciona el referido ilícito, respecto del cual poco se ha escrito a nivel doctrinario, generándose con ello diversas interpretaciones jurisprudenciales, algunas de las cuales adolecen en nuestra opinión, de serios defectos.

II. Consideraciones generales

El artículo 138 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones establece y sanciona el denominado delito de loteos irregulares, en los siguientes términos: "Artículo 138". – Será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo el propietario, loteador o urbanizador que realice cualquiera clase de actos o contratos que tengan por finalidad última o inmediata la transferencia del dominio, tales como ventas, promesas de venta, reservas de sitios, adjudicaciones en lote o constitución de comunidades o sociedades tendientes a la formación de nuevas poblaciones, en contravención a lo dispuesto en el presente párrafo".

³ Según datos recabados por el Ministerio de Bienes Nacionales, sólo en la Región Metropolitana habría más de 600 casos de loteos irregulares, siendo las comunas de Paine, Melipilla, Buin, Pirque y San Pedro (todas ellas cercanas al radio urbano de Santiago), las que lideran este lamentable ránking. Información disponible en: http://www.bienesnacionales.cl/?p=32911 [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2018].

Se trata de una figura practicamente no tratada en el contexto nacional en materia de la parte especial propiamente tal. Por ello, la revisión del tipo asume como presupuesto basal el amplio desarrollo que exhibe la doctrina española en relación a los denominados "delitos urbanísticos", vale decir, infracciones penales cuyo núcleo de injusto (o contenido de antijuridicidad material) radica en la afectación o contrariedad a la regulación administrativa sobre la ordenación del territorio⁴.

El particular contenido de injusto dota de una fisionomía en cuanto tipo "abierto" a este delito: la conducta típica es complementada por un elemento normativo del tipo cuyo contenido debe ser colmado a través de una remisión (ley penal en blanco) a otras normas del ordenamiento. En particular, la conducta exige "contravención a lo dispuesto en el presente párrafo". Dicho en términos simples: el tipo del art. 138 es "accesorio" a la regulación contenida en la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Se trata de una técnica legislativa bastante frecuente en la legislación especial (v. gr. en materia de drogas ilegales, posesión de armas de fuego, contaminación de cuerpos de agua, etc.) y que denota el carácter secundario del derecho penal ante la regulación de derecho público y privado. Esta forma de tipificación presenta ventajas y defectos. En cuanto a lo primero, permite una rápida adaptación de la norma penal ante la contingencia del ámbito sectorial de que se trate, como por ej., el cambio que se haga respecto de la naturaleza del uso del suelo en un determinado sector⁵, respetando en todo caso el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable⁶. Acerca de

⁴ Al efecto, véase por todos, Souto García, Eva. "Los delitos urbanísticos en España: La protección dispensada por el artículo 319 del Código Penal Español a la ordenación del territorio". En: *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. XXXII, N° 92, Madrid, España, Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED, 2011, págs. 85-113.

Nos referimos en este caso a una modificación legal o administrativa que haga variar el uso de suelo existente en un determinado territorio, pero no al procedimiento de saneamiento y regularización de loteos establecido en la Ley N° 20.812, de fecha de publicación 30 de enero de 2015, que permite que los loteos que no han sido recepcionados por no cumplir las exigencias de urbanización (agua potable, pavimentación, porcentajes de áreas verdes, ancho de las calles, tamaños prediales, etc.) puedan obtener una recepción provisoria que, fijando ciertas condiciones, los habilita para postular a programas de financiamiento urbano y de mejoramiento del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, como pavimentación o alcantarillado del sector y que en nada influyen en la persecución penal de la conducta prohibida.

⁶ En cualquier caso, nuestra jurisprudencia no parece compartir dicho predicamento, al menos así se desprende de los fallos de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Roles N° 349-2011, 350-2011, y 351-2011, todos de fecha 9 de noviembre del año 2011, en los que se establece que al ser el tipo penal contemplado en el artículo 138 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, de aquellos de comisión instantánea, y no habiéndose promulgado ninguna ley que exima los hechos de toda pena o les aplique unas menos rigorosa, no procede la aplicación del artículo 18 del Código Penal, no pudiendo, por tanto, aplicarse retroactivamente la nueva norma administrativa.

lo segundo, podría llegar a cuestionarse el respeto al principio de legalidad si es que la normativa de complemento no asume la jerarquía normativa exigida en relación a las leyes penales en blanco (por ej. al materializarse en un acto administrativo particular y no reglamentación de aplicación general). En el caso aquí relevante, vale destacar que dicho obstáculo no se presentaría dado que el propio tipo delictivo efectúa una remisión a la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

III. El fin de protección de la norma: ¿Existe algún problema con la determinación del bien jurídico tutelado?

En el derecho español suele realizarse una referencia genérica a la "ordenación del territorio" como bien jurídico tutelado. A partir de tal consenso básico prolifera un debate que a la fecha dista de encontrarse mínimamente zanjado. Mientras para algunos resulta evidente que el bien jurídico protegido sería "el ordenamiento del territorio" o "el uso racional del suelo", para otros lo sería "la actividad urbanística" o "la protección de la normativa administrativa". Importante es destacar que la discusión se halla referida -en lo medular- a un problema de "legitimación" del tipo penal: se cuestiona su amplitud y ambigüedad ante la inclusión de eventos que serían de clara competencia administrativa y no penal, con la afectación subsecuente del denominado "principio de intervención mínima" del derecho penal. Básicamente, tales infracciones resultarían "formales" en el sentido de que su contenido no sería más que una infracción "de policía" elevada por una decisión legislativa al carácter de injusto penal.

En la medida que la teoría del bien jurídico sea articulada en su función meramente "interpretativa", vale decir, con rendimiento dogmático para el análisis de casos y no como un pretendido límite "externo" para la tarea

⁷ Entre otros, sustentan esta postura: De La Cuesta Arzamendi, José Luis. "Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995". En: Revista Actualidad Penal, N° 15, Madrid, España, Editorial La Ley-Actualidad S.A., 1998, págs. 313-315; Escanilla Pallás, Miguel. "La responsabilidad de los funcionarios ante los delitos urbanísticos en los tribunales de justicia". En: Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, De La Mata Barranco, Norberto (Dir.). Bilbao, España, Instituto Vasco de la Administración Pública, 1998, p. 224 y Conde-Pumpido Tourón, Cándido. Código Penal. Doctrina y jurisprudencia. Madrid, España, Ediciones Trivium, 1997, Tomo II, p. 3197.

⁸ En este grupo encontramos, entre otros, a López Ramón, Fernando. "Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos". En: *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, N° 151, Madrid, España, Editorial RDU, 1997, p. 54 y López Garrido, Diego y García Arán, Mercedes. "El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario". Madrid, España, Librería - Editorial Dykinson, 1996, p. 158.

del legislador, la disputa previa no resultaría mayormente relevante. Aquí se asume que la infracción penal del art. 138 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones funda su núcleo de injusto en la contradicción a la regulación sobre el uso del suelo⁹ (dentro de los límites que exhibe la descripción típica, como se verá), y si bien no constituye precisamente el objeto de este trabajo, dicho contenido debería ser identificado con un bien jurídico de carácter "supraindividual" o "colectivo". La escasa jurisprudencia existente daría cuenta de esta constatación: se ha declarado que no se trataría de un bien jurídico disponible de carácter patrimonial¹⁰, lo que impediría el arribo a acuerdos reparatorios en este tipo de investigaciones, como también afirmado que el objeto de tutela sería "la seguridad, salud e integridad de las personas, sancionando actos realizados en contravención a las normas de urbanización"11 o "el medio ambiente, específicamente los suelos y espacios naturales, como también, consecuencialmente, la seguridad, salud e integridad de las personas, que pueden verse vulneradas si se incumple la normativa urbanística del párrafo 4° de la Ley General de Urbanismo y Construcciones"12.

Balance de lo anterior es que el contenido de injusto del delito, tanto por la ubicación sistemática de la disposición, como también por el complemento normativo referido a la regulación urbanística, lo erigen como una ofensa a un interés colectivo, sin perjuicio de las restricciones interpretativas que puedan realizarse en torno a su alcance, sea por motivos estrictamente formales (principio de legalidad), como por consideraciones valorativas relacionadas al contenido de la infracción que sirve de complementación de su injusto (las obligaciones del "urbanizador", como se verá).

La observación previa incide sobre todo en materia concursal. Dado que el fin de protección de la norma se orienta a la regulación administrativa del territorio, la afectación patrimonial que una conducta produzca en una o más personas, como por ej., ante la compra o adquisición de derechos respecto de un terreno sujeto a normativa especial que impida modificar su uso de suelo y, por consiguiente, construir y/o edificar en él, correspondería a un contenido de injusto completamente desacoplado de este delito, de manera que debería ser valorado de forma independiente, vale decir, como un

⁹ Similar, aunque sugiriendo la vinculación del interés a un contexto "mediombiental", Matus Acuña, Jean Pierre. "Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo". Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2011, p. 254.

¹⁰ Corte Apelaciones de Concepción, 12 de agosto de 2011, Rol N° 348-2011.

¹¹ Corte Apelaciones de Santiago, 15 de mayo de 2015, Rol Nº 934-2015.

¹² Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota, 6 de abril de 2017, RUC N° 1410029288-3, RIT N° 192-2016, considerando 14 $^\circ$.

concurso entre un delito contra un bien jurídico individual (la propiedad o el patrimonio) y un delito contra un interés colectivo¹³.

IV. El comportamiento típico

Una primera lectura del precepto permite definir el comportamiento típico como el siguiente: la realización de "cualquier acto" que tenga como finalidad la "transferencia del dominio" sobre un inmueble "en contravención a la regulación prevista en el Párrafo 4° de la Ley General de Urbanismo y Construcciones". Al efecto, me parece sumamente relevante esta aclaración dado que la casuística descripción típica de la norma en comento, bien puede llevar a una desprolija interpretación de la norma con eventuales perniciosas consecuencias respecto a su ámbito de aplicación, como veremos a continuación.

El complemento normativo del comportamiento, vale decir, la remisión accesoria a la regulación urbanística, se encuentra dado por la contravención a lo dispuesto en el Párrafo IV ("de las obligaciones del urbanizador"), capítulo II, título III de la ya mencionada ley, en cuanto se realice cualquier clase de acto o contrato que tenga por finalidad última o inmediata la transferencia del dominio.

Respecto de esta clase de conductas el propio artículo nos entrega una serie de ejemplos de las mismas (no taxativos, por cierto), entre los cuales señala: ventas, promesas de venta, reservas de sitios y adjudicaciones en lote. Luego, establece un segundo grupo de conductas indebidas, en este caso, referidas a la constitución de comunidades o sociedades tendientes a la formación de nuevas poblaciones.

Desde ya, adelantamos al lector que la referida interpretación no es del todo pacífica, toda vez, que se ha entendido, erróneamente a nuestro juicio, que el requisito de esta "tendencia a la formación de nuevas poblaciones" sería obligatorio para ambos grupos de conductas contemplados en el tipo penal analizado. De ser así, se estaría ante un tipo penal de aquellos denominados de "tendencia interna trascendente", es decir, aquellos en que "...se precisa que el sujeto quiera algo externo, situado más allá de la conducta objetivamente exigida con una relación de medio a fin entre lo que se exige en el plano objetivo y lo que queda más allá..."¹⁴.

¹³ En esta línea, Górriz Royo, Elena. "La construcción en suelos de especial protección y las edificaciones en suelo no urbanizable". En: *La protección de la Ordenación del territorio en Galicia*, Galicia, España, Consellería de la Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia y Academia Gallega de Seguridad Pública, 2007, p. 176.

¹⁴ Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Parte General. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, p. 192.

No podemos sino discrepar de esta última interpretación, al menos en lo que se refiere al primer grupo de conductas prohibidas, ya que resultaría ilógico y redundante que el legislador exigiera esta tendencia a la formación de nuevas poblaciones en el caso de aquellos "...actos o contratos que tengan por finalidad última o inmediata la transferencia del dominio... en contravención a lo dispuesto en el presente párrafo", por cuanto por el solo hecho de transferir o intentar transferir el dominio de un terreno, en un caso prohibido por la ley, se daría lugar a una lesión del bien jurídico protegido, sin necesidad de tener en mente este nuevo requisito tendiente a la formación de nuevas poblaciones.

Ahora bien, sí se explicaría la exigencia de la mencionada condición, respecto del segundo grupo de conductas prohibidas por la norma legal, toda vez que la mera constitución de comunidades o sociedades, sin hacer referencia a otra circunstancia, no lesiona el ordenamiento racional del territorio, debiendo en estos casos llevar a cabo los referidos actos con el objeto de generar nuevas poblaciones, pues si no se trataría de actuaciones inocuas desde el punto de vista penal.

Por lo tanto, y a modo de resumen, podemos señalar que el comportamiento típico sería el siguiente: (i) realizar cualquier acto que tenga como fin transferir el dominio de inmuebles (ii) en contravención a la regulación del suelo. En virtud de ello, la constitución de comunidades o sociedades de carácter "habitacional" sería una variante más de los actos del caso (i).

V. La "especial" cualificación del sujeto activo

A primera vista la descripción del comportamiento podría estimarse como demasiado amplia. Sin embargo, el tipo delictivo restringe la condición de autor a la siguiente exigencia: debe tratarse de un "propietario", "loteador" y/o "urbanizador".

La dificultad que surge es evidente: ¿Se trataría entonces de un delito "especial"?

El concepto de delito "especial" puede ser definido como aquel tipo delictivo cuyo "destinatario" (como autor-ejecutivo del tipo de la parte especial) debería exhibir, ostentar o presentar una determinada cualificación "especial", de manera que si el imputado satisface dicha propiedad (legalmente determinada), se pueda hablar de sujeto activo "cualificado" (tradicionalmente: "intraneus"), mientras que en caso negativo, sujeto "no-cualificado" (así: "extraneus").

¹⁵ Mañalich Raffo, Juan Pablo, "La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales". En: *Revista Política Criminal*, N° 14, Santiago, Chile, Centro de estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca, Diciembre 2012, págs. 358-359.

Esta conceptualización del carácter "especial" de un delito presenta relevancia tratándose del art. 138 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, pues cabría todavía realizar algunas subdistinciones conforme a las particularidades de la regulación vigente. Dependiendo del tipo penal en concreto, la "propiedad" que debe presentar el autor "especial" puede consistir en una multiplicidad de factores, todos sumamente disímiles entre sí. Así, de manera simplemente ejemplificativa, se exigirían determinados "elementos" (por ej. un "arma de caza mayor" en el art. 30 de la Ley de Caza), "cualidades" (por ej. tener una relación contractual con el Estado a título de "empleado público", ser titular de una determinada autorización administrativa, etc.) o "relaciones" (por ej. una posición de garantía respecto a un bien jurídico en un delito "impropio" de omisión, determinados grados de parentesco con la víctima, etc.)¹⁶.

De la multiplicidad de clasificaciones, subdistinciones y conceptos que presenta la teoría general de los delitos especiales, Ricardo Robles ha propuesto distinguir dos grandes especies de figuras sobre la base de criterios sustantivos de diferenciación, vale decir, a partir de la identificación del sentido buscado por el legislador al definir de una manera alternativa al destinatario de la norma¹⁷ ("el que" vs. "urbanizador", "loteador" o "propietario"): (i) se podría considerar un primer grupo denominado como "delitos de posición", donde la caracterización del sujeto activo responde a que solamente las personas que se hallen en una determinada situación u ocupen una específica posición podrían menoscabar el bien jurídico (fuera de tales supuestos el legislador consideraría no-relevantes otro tipo de intervenciones); por otra parte, (ii) "delitos especiales de deber", definidos en virtud de la existencia de un deber jurídico extra-penal (pero recogido expresamente en el tipo) del autor que opera como fundamento de la sanción (por ej. los delitos "militares", delitos "funcionarios", vínculos de parentesco, etc.).

La gran diferencia es que los delitos de "posición" apuntarían a la integración en un determinado contexto como criterio especial de autoría, de manera que su contenido podría ser determinado de manera mucho más amplia que un delito "de deber". Creemos que esta es la línea en que debe ser interpretado el art. 138 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. El legislador ha buscado sancionar exclusivamente a los sujetos que intervienen en una actividad o proceso de futura urbanización en contra de la regulación urbanística.

¹⁶ Por todos: Gómez Martín, Víctor, "Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores: Nuevas bases para una distinción necesaria". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 14-01, Barcelona, España, 2012. Disponible en internet: http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-01.pdf, págs. 01:1-01:29.

¹⁷ Robles Planas, Ricardo. *"La participación en el delito. Fundamento y límites"*. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2003, págs. 230 y ss.

Así, por relación de accesoriedad, el concepto de "propietario" se halla definido en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones¹⁸, en los siguientes términos: "persona natural o jurídica que declara, ante la Dirección de Obras Municipales o ante el servicio público que corresponda, ser titular del dominio del predio al que se refiere la actuación requerida".

El problema, en cambio, se genera al querer desentrañar cual debiese ser el significado de los términos "loteador" y "urbanizador", los que no son específicamente definidos por la norma administrativa, pero sí lo son los conceptos "loteo de terrenos" y "urbanizar" El primero de ellos se define como "proceso de división del suelo, cualquiera sea el número de predios resultantes, cuyo proyecto contempla la apertura de nuevas vías públicas, y su correspondiente urbanización". Urbanizar, en tanto, corresponde a "ejecutar, ampliar o modificar cualquiera de las obras señaladas en el artículo 134 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones que correspondan según el caso, en el espacio público o en el contemplado con tal destino en el respectivo Instrumento de Planificación Territorial o en un proyecto de loteo".

Por otra parte, si de acuerdo con lo que establece el artículo 20 del Código Civil, recurrimos al sentido natural y obvio de las palabras de la ley, según el uso general de las mismas, nos encontramos con que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española tampoco define exactamente lo que ha de entenderse por "loteador" y "urbanizador", pero sí nos entrega luces respecto de los términos "lotear", que significa "dividir en lotes, generalmente un terreno" y "urbanizar" que correspondería al acto de "acondicionar una porción de terreno y prepararlo para su uso urbano, abriendo calles, y dotándolas de luz, pavimento y demás servicios"²⁰. Con lo que podemos concluir, por sencillo y simple que parezca, que "loteador" será "el que lotea" y "urbanizador" "el que urbaniza".

Por tanto, en atención a lo anteriormente expuesto, sumado a que no se requiere ninguna cualificación profesional, habilitación o declaración formal administrativa que habilite a una determinada persona para ostentar el cargo o función de "loteador" o "urbanizador", podemos sostener que dichas calidades pueden ser detentadas por cualquier persona, bastando que realice o lleve a cabo funciones o actos propios del loteo de terrenos o de la urbanización

¹⁸ Dicha norma, en su artículo 1.1.2., denominado "Definiciones", establece el significado de una serie de vocablos, dentro de los cuales se encuentra el de "propietario".

¹⁹ Ibíd cita anterior.

Definiciones tomadas del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [en línea]. Disponible en: www.rae.es [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2018].

de estos²¹, lo que refuerza lo señalado anteriormente, en cuanto a que el tipo penal contenido en el artículo 138 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones es un delito común, de aquellos denominados de posición y no uno especial (en contrapartida a lo sostenido por algunos que han llegado a señalar que se trataría un delito especial propio²², al no existir un tipo penal común para sancionar a aquellos que no revisten las calidades que establece la norma) o de sujeto determinado, como parte de nuestra jurisprudencia ha considerado²³, toda vez que puede ser cometido por cualquiera que sea propietario de un terreno o ejerza, en la práctica, las funciones propias del loteo o urbanización de terrenos, buscando la norma citada sólo establecer la responsabilidad de un determinado sujeto dentro de la organización de la actividad urbanística²⁴.

Finalmente, resulta pertinente en aras de zanjar este tema, dilucidar si con la pretendida reducción del número de posibles autores del delito de loteos irregulares se resguarda de mejor forma el bien jurídico protegido por la norma, que, como dijimos anteriormente, sería el ordenamiento racional del territorio, lo que claramente no ocurre, pudiendo cualquier persona que realice actividades propias del loteo o la urbanización, en el supuesto que establece el artículo analizado, lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido²⁵.

VI. Consideraciones finales

Aun cuando podamos compartir el hecho de que la penalidad, en abstracto, establecida para el delito de loteos irregulares, que va desde el presidio menor en su grado máximo al presidio mayor en su grado mínimo, puede resultar un tanto elevada, ello no debiese ser un aliciente para que nuestros tribunales

²¹ El mismo análisis es realizado por diversos autores españoles, a propósito de los términos "promotor" y "constructor" que contiene el artículo 319 del Código Penal Español. Véase por todos, Souto García, ob. cit., p. 101. Una situación diversa ocurriría en el caso español sólo respecto del denominado "técnico director" (tercer sujeto activo de la norma española), pues en aquel caso sí se requiere una determinada cualificación profesional.

²² Entendiéndose por delito especial propio aquel en el cual "la calidad del sujeto activo es inherente a la clase de mal que la ley quiere evitar", de acuerdo a la definición contenida en POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, ob. cit., p. 186.

²³ Así, por ejemplo, lo señala el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota, en sentencia ya citada de fecha 6 de abril de 2017, RUC N° 1410029288-3, RIT N° 192-2016, considerando 14°.

²⁴ DE LA MATA BARRANCO, Norberto. "Los delitos sobre la ordenación del territorio tras la reforma de la LO 5/2010". España, Cátedra Cantabria 2010, 2011, p. 4.

²⁵ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. "El delito urbanístico (art. 319 CP): ¿Delito común o especial?". En: *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, N° 223, Madrid, España, Editorial RDU, 2006, págs. 31-32.

pretendan no dar aplicación al tipo penal en cuestión²⁶, elaborando teorías que conduzcan a su total y absoluto desuso²⁷.

Por otra parte, a priori, nada impide que la utilización de la norma en comento se vea complementada por el delito de estafa en aquellos casos en que, además de darse lugar al tipo penal de loteos irregulares, se lleven a cabo maniobras engañosas respecto de las víctimas para que éstas crean estar adquiriendo una propiedad en la que podrán construir o edificar, en circunstancias que ello no será posible debido al uso de suelo del terreno. Por lo tanto, podrá concurrir perfectamente un concurso penal entre el delito de estafa y aquel establecido en el artículo 138 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Finalmente, el hecho de no contar con la participación activa de aquellas víctimas que hayan adquirido derechos o realizado compras de terrenos de aquellas contempladas en el tipo penal que nos convoca, en nada obsta a la prosecución de la investigación criminal por parte del Ministerio Público, teniendo en consideración que el bien jurídico protegido es el racional ordenamiento del territorio, bien jurídico colectivo y no individual, sin perjuicio de las naturales complejidades que aquello pueda ocasionar desde el punto de vista probatorio.

²⁶ Como ocurre, por ejemplo, en el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota, en sentencia ya citada de fecha 6 de abril de 2017, RUC N° 1410029288-3, RIT N° 192-2016.

²⁷ Como pretender que se trata de un tipo penal especial o de tendencia interna trascendente.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

LA INTERNACIÓN PROVISORIA FRENTE A LA PROTECCIÓN DE DETERMINADOS Bienes jurídicos

María José Taladriz Eguiluz¹

Resumen

Este artículo tiene por objeto dar a conocer algunas sentencias de la Corte Suprema que constituyen un cambio de paradigma en la persecución penal de los adolescentes infractores de ley y que implica una mirada más amplia del sistema de responsabilidad penal adolescente, en el sentido de que éste exige interpretar la normativa prevista en la Ley N° 20.084 en relación con determinados bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, centrándose en aquellas sentencias que se refieren a la procedencia de la internación provisoria en simples delitos, en relación con la hipótesis contemplada en el artículo 32 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

I. Introducción

Durante los años de vigencia del sistema de responsabilidad penal adolescente hemos advertido diversas discusiones jurídicas relativas a las materias tratadas en la Ley N° 20.084, algunas de las cuales han sido planteadas principalmente por la vía del recurso de amparo ante los tribunales superiores de justicia, como aquella relativa a la procedencia de la medida cautelar de internación provisoria establecida en el artículo 32 de dicho cuerpo legal, en virtud del cual, dicha medida sólo procedería tratándose de la imputación de las conductas que de ser cometidas por una persona mayor de dieciocho años constituirían crímenes, excluyendo casos de simples delitos.

Este artículo abordará en primer lugar la problemática de la imposición de la medida cautelar de internación provisoria, analizando el artículo 32 de la Ley N° 20.084, desde su origen, recabando los antecedentes de la historia de su establecimiento² y la de la Ley N° 20.191³ que la modificó antes de su

¹ Subdirectora Unidad de Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley* N° 20.084 [en línea]. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5762/ [fecha de consulta: 31 agosto 2018].

³ Esta ley se publicó en el Diario Oficial el 2 de junio de 2007, modificando la Ley N° 20.084, con anterioridad a su entrada en vigencia.

entrada en vigencia, para posteriormente dar a conocer algunas sentencias de la Excma. Corte Suprema que fundamentan su procedencia excepcional, pese a no estar en presencia de una imputación de crimen.

II. La medida cautelar de internación provisoria

El párrafo 3° del Título II de la Ley N° 20.084, en su artículo 32, dispone que "La internación provisoria en un centro cerrado sólo será procedente tratándose de la imputación de las conductas que de ser cometidas por una persona mayor de dieciocho años constituirían crímenes, debiendo aplicarse cuando los objetivos señalados en el inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal no pudieren ser alcanzados mediante la aplicación de alguna de las demás medidas cautelares personales".

Sin embargo, pese al tenor literal de la norma, en cuanto a establecer un presupuesto general de procedencia de la medida cautelar más gravosa en atención a la penalidad asignada al delito, ésta no se basta a sí misma, por cuanto resulta imprescindible, para fundamentar su imposición, recurrir a la normativa general de las medidas cautelares personales prevista en el Código Procesal Penal, especialmente a los artículos 140, 141 y 149, en razón del principio de supletoriedad procesal penal consagrado en el artículo 27 de la Ley N° 20.084. En efecto, el artículo 32 en estudio, no se hace cargo de regular las circunstancias materiales concretas que harían necesaria la medida cautelar, así como tampoco los casos excepcionales en que resulta aplicable, a pesar de que la penalidad del delito imputado en principio la restrinja.

No obstante, teniendo presente que las situaciones excepcionales sólo se justifican en tanto los fines del procedimiento no puedan ser alcanzados mediante otra medida cautelar personal, y siguiendo el criterio de proporcionalidad establecido en el artículo 33 de la Ley N° 20.084, la aplicación práctica de esta medida cautelar en adolescentes en contra de los cuales se ha formalizado investigación por simples delitos ha dado lugar a múltiples discusiones en cuanto a su imposición ante los Juzgados de Garantía en audiencias de solicitud de medidas cautelares; ante las Cortes de Apelaciones al conocer de la apelación respectiva y/o de la acción constitucional de amparo deducida; y ante la Excma. Corte Suprema al conocer de la apelación de amparo.

A continuación revisaremos algunos de los requisitos establecidos en el referido artículo 32, analizando especialmente si la norma se refiere a la pena en concreto, esto es, considerando la rebaja prevista en el artículo 21 de la Ley N° 20.084 o a la pena en abstracto, para continuar la evolución de la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema en torno a la internación provisoria tratándose de imputaciones de simple delitos.

1. Artículo 32 de la Ley N° 20.084 e imputaciones de crímenes

El artículo 32 de la Ley N° 20.084 limita la aplicación de la internación provisoria a las imputaciones de crímenes, debiendo aplicarse cuando los objetivos del inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal, esto es, garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, no pudieren ser alcanzados por otras medidas cautelares, teniendo en consideración el principio de proporcionalidad de las medidas cautelares consagrado expresamente en el artículo 33 de la ley.

Ahora bien, en relación con la hipótesis a que se refiere la norma, esto es, imputación de crímenes, cabe señalar que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente en el año 2007, se advirtió la necesidad de resolver los problemas de interpretación que podrían suscitarse con respecto a la internación provisoria, ya que era previsible que una interpretación considerara que el punto de referencia para la procedencia de la cautelar sería la pena en abstracto, mientras que otra podría sustentar que el punto de referencia sería la pena en concreto, esto es, con la rebaja prevista en el artículo 21 de la Ley N° 20.084. Ahora bien, a pesar de la existencia de estas dos interpretaciones, cabe señalar que cuando el legislador quiso referirse a la pena resultante de la aplicación del artículo 21 en comento, lo dijo expresamente, como por ejemplo en el artículo 35 de la ley, que señala que para la aplicación del principio de oportunidad, regulado en el artículo 170 del Código procesal Penal, "...se tendrá como base la pena resultante de la aplicación del artículo 21 de la presente ley", de lo que se colige que el artículo 32 se refiere a las imputaciones de crímenes en abstracto.

El problema se suscitaba porque el texto original del referido artículo 32 señalaba que "La internación provisoria en un centro cerrado sólo será procedente tratándose de la imputación de crímenes" y, precisamente, el Mensaje Presidencial N°170-355 de 7 de mayo de 2007, que dio origen a la Ley N° 20.191 que modificó la Ley N° 20.084, antes de su entrada en vigencia, estableció como el segundo contenido de la propuesta legislativa clarificar cuál sería la pena a considerar por el juez para determinar si ella es o no procedente⁴. En este sentido, las modificaciones incorporadas por la Ley N° 20.191 se refirieron, entre otras, a la determinación de penas y a la procedencia de la internación provisoria, advirtiéndose que una de las cuestiones que puede producir incertidumbre en el operador de la leyes es la

⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley* N° 20.191 [en línea], p. 5. Disponible en: *https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=261383* [fecha de consulta: 31 de agosto de 2018].

diversidad de interpretaciones a que, eventualmente, dan lugar algunas de sus disposiciones como aquellas contenidas en los artículos 6, 21, 22, 23 y 32 y que estarán determinadas por el sentido que se le atribuya a las expresiones "crimen", "simple delito" o "falta"⁵.

La idea central del proyecto de ley fue "perfeccionar aspectos procesales y sustantivos de la Ley N° 20.084 para permitir su aplicación de un modo más uniforme, previniendo posibles interpretaciones y problemas de operatividad del nuevo sistema de justicia penal para adolescentes". Al respecto, el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento estableció que "...dichas dudas interpretativas se solucionan estableciendo que la pena a considerar en estas disposiciones será aquella abstracta que el delito tenga asignado, de acuerdo a la normativa penal general o especial, según sea el caso", especificando que "...la sanción quedará determinada por el mínimo establecido para el delito en cuestión, a la que se le rebaja un grado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 21 de la ley N° 20.084".

El informe establece que la modificación que se introduce resuelve los problemas de interpretación que podrían suscitarse con respecto a la internación provisoria, estableciendo en la norma la procedencia de esta medida cautelar personal cuando la pena en abstracto lo permita⁸, lo que fue aprobado por unanimidad de los miembros de la Comisión⁹. En este entendido, la Ley N° 20.191 sustituyó la expresión "crímenes" por la frase "las conductas que de ser cometidas por una persona mayor de dieciocho años constituirían crímenes", lo que evidencia que la referencia que hace el artículo 32 de la Ley N° 20.084 es a la pena asignada al delito en abstracto. Esta redacción intentó evitar que los crímenes cuya penalidad comienza en presidio mayor en su grado mínimo, como el robo con intimidación y el delito de violación, fueran considerados como simples delitos respecto de los adolescentes y que, por ello, no fuera procedente la internación provisoria.

Cabe hacer presente que esta interpretación en ningún caso pugna con la naturaleza del artículo 21 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, pues éste establece un mecanismo de determinación de la pena, reproduciendo la regla del inciso primero del artículo 72 del Código Penal que fue derogado por la Ley N° 20.084, en cuanto a que la pena asignada al delito cometido por un adolescente es la inferior en un grado al mínimo de los señalados por

⁵ Ibid., p. 14.

⁶ Ibid., p. 68.

⁷ Ibid., p. 14.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid., p. 30.

la ley para el ilícito correspondiente. La norma derogada se aplicaba después de determinada la pena de conformidad con los artículos 50 a 70 del Código Penal, sin cuestionarse la naturaleza procesal o sustantiva de la misma¹⁰. Así se estableció en el Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado¹¹. En este aspecto, la historia de la Ley N° 20.191 es acorde con la lógica del sistema general.

En relación con esta materia cabe destacar una sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 28.744-1991, de 4 de diciembre de 1991, que al conocer de un recurso de casación en el fondo, concluyó en su considerando cuarto que para los efectos de la clasificación de los delitos del artículo 3 del Código Penal en crímenes, simples delitos y faltas, cuando se trata de un marco penal que incluye distintas categorías del artículo 21 del mismo código, debe atenderse al grado superior de la pena en abstracto. Además, la doctrina se ha pronunciado sobre el particular, siguiendo el mismo criterio, esto es, que "... para los efectos de la clasificación no se atiende a la pena en concreto, sino a la pena con que la ley amenaza en abstracto al autor del delito consumado" teniendo presente la pena en abstracto y en su grado superior, ya que la sanción en abstracto es el único marco que permite cumplir el fin preventivo general de la pena, de lo contrario, la pena en concreto con todas sus circunstancias modificatorias, generaría importantes confusiones.

Ahora bien, en materia de responsabilidad penal adolescente, la Corte Suprema en sentencia Rol N° 3.191-07, de 27 de junio de 2007, asienta el criterio de considerar la pena abstracta del delito en cuestión para determinar la procedencia de la cautelar más gravosa, estableciendo en su considerando segundo que para hacer procedente esta cautelar se "...atiende esencialmente a la gravedad del delito" y se "...recurre a una abstracción: si fuera cometido por un mayor de edad, no un menor, es decir, toma como base el grado de penalidad que en forma natural y general ha dispuesto el legislador; en el caso concreto de autos, el delito de porte ilegal de arma de fuego descrito en el artículo 11 de la ley N° 17.798 es sancionado en su artículo 2 con presidio menor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado mínimo, el cual, al considerarse para estos efectos como cometido por una persona mayor de edad, tiene asignada pena de crimen conforme los artículos relacionados, 21 y 56 del Código Penal".

¹⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley N° 20.084, ob. cit., p. 676.

¹¹ Ibid.

¹² POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte General.* 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 583.

Asimismo, en sentencia Rol N° 4.036-2012, de 25 de mayo de 2012, la Corte Suprema confirmó lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 14 de mayo de 2012, que rechazó el amparo deducido en favor de un adolescente imputado en causa por delito de porte ilegal de arma de fuego y receptación y que en su considerando segundo establece que el juez de garantía que decretó la medida cautelar "...razonó haciendo presente que la antigua redacción del artículo 32, en génesis de la ley 20.084, ..., tornó ilusoria a priori la concesión de la cautelar de internación provisoria, ya que prácticamente la totalidad de los ilícitos excluían la posibilidad de aquella cautelar, luego de estas rebajas de pena", agregando que "...aquella situación fue advertida por el legislador, modificando este artículo 32 con la ley N° 20.191".

Cabe hacer presente que la Corte Suprema ha considerado la procedencia de la internación provisoria en adolescentes imputados por crímenes considerando la pena en abstracto en diversas sentencias que resuelven apelaciones de amparo, dentro de las cuales se encuentran las sentencias Rol N°18.437-16 y Rol N°41.017-2016, de 22 de marzo y de 5 de julio de 2016, respectivamente. Refuerza dicha interpretación el que para el cómputo de la prescripción de la acción penal, la jurisprudencia de los tribunales superiores considera la pena en abstracto, esto es, sin la rebaja prevista en el artículo 21 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente¹³.

En consecuencia, los crímenes y simples delitos lo son tanto para adultos como para adolescentes y la medida cautelar de internación provisoria resulta aplicable cuando la conducta que se imputa al adolescente sea constitutiva de crimen, considerando la pena del delito en abstracto, sin la rebaja prevista en el artículo 21 de la Ley N° 20.084.

2. Sentencias de la Corte Suprema sobre internación provisoria en casos de imputaciones por simples delitos

A continuación se revisará la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema que dice relación con la procedencia de la medida cautelar de internación provisoria impuesta a adolescentes imputados como autores de simples delitos, con el fin de conocer el razonamiento que fundamenta las decisiones que consideran procedente o no la medida cautelar más gravosa en estos casos.

Cabe señalar que la jurisprudencia no resulta uniforme, distinguiéndose tres interpretaciones, a saber: una interpretación **restrictiva** que, basada en el tenor

¹³ En este sentido: SCA Valdivia de 15 de diciembre de 2017, ROL N° 776-2017; SCA de Copiapó de 29 de junio de 2016, ROL N° 159-2016; SCA de San Miguel de 22 de abril de 2016, ROL N° 97-2016; SCA Valparaíso de 26 de junio de 2015, ROL N° 933-2015, y de 9 de febrero de 2015, ROL N° 147-2015, entre otras.

literal del artículo 32 de la Ley N° 20.084, estima que la medida cautelar más gravosa no es procedente tratándose de imputaciones de simples delitos; otra **extensiva** que, fundada en la supletoriedad procesal penal, incluye además de las conductas constitutivas de crímenes, las hipótesis del inciso final del artículo 141 del Código Procesal Penal, que amplía la procedencia de la prisión preventiva a casos en que el imputado hubiere incumplido alguna de las medidas cautelares ya impuestas; o cuando el tribunal considerare que el imputado pudiere incumplir con su obligación de permanecer en el lugar del juicio hasta su término y presentarse a los actos del procedimiento como a la ejecución de la sentencia; y una interpretación **sistemática** que reconoce excepciones fundadas en la prevalencia de los bienes jurídicos tutelados.

Hasta fines del año 2015, la Excma. Corte Suprema rechazó diversos recursos de apelaciones de amparo deducidos por la defensa por haberse decretado la medida cautelar de internación provisoria respecto de adolescentes imputados por simples delitos, los cuales se fundaron en la infracción al artículo 32 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, confirmando la procedencia de esta medida cautelar en simples delitos en las siguientes hipótesis: a) Incumplimiento de medidas cautelares de prohibición de acercamiento a una víctima (Rol N° 37.576-15 y Rol N° 3.072-2010); b) Peligro de fuga (Rol N° 1.516-2010); c) No comparecencia a la audiencia de juicio oral (Rol N° 3.022-2010); y d) Preeminencia de la Ley N° 20.066 sobre la Ley N° 20.084 (Rol N° 58.843-2016 y Rol N° 9.565-2010).

Sin embargo, la Corte Suprema en sentencia Rol N° 16.274-16, de 14 de marzo de 2016¹⁴, cambia el criterio vigente hasta ese entonces, al acoger un recurso de apelación de amparo, por falta de fundamentación de la sentencia, estableciendo en su considerando cuarto que "...la juez recurrida se limita a señalar en forma genérica, que la cautelar personal dispuesta se sustenta en la gravedad de la pena asignada al delito y la naturaleza misma de la infracción, sin explicitar las consideraciones en virtud de las cuales ésta resultaba procedente...", y al establecer que el tribunal para resolver la medida cautelar de internación provisoria debe considerar la proporcionalidad de

¹⁴ Pronunciada por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., y el Abogado Integrante Sr. Jean Pierre Matus A. Con el voto de prevención del Ministro señor Juica quien concurre a la decisión compartiendo sus fundamentos y teniendo, además, presente, que la pena en abstracto que correspondería aplicar al adolescente, previa rebaja en un grado desde el mínimo previsto en la ley, conforme establece el artículo 21 de la Ley N° 20.084, sería de presidio menor en su grado máximo, de manera que a su respecto no se trata de una pena de crimen, circunstancia que hace aún más innecesaria la internación provisoria a efectos de asegurar los fines del procedimiento.

la medida en relación con la sanción probable y los principios que inspiran la normativa, el interés superior y el carácter extraordinario de las medidas restrictivas y privativas de libertad.

La sentencia señala en su considerando primero que "...la necesidad de fundamentación de las resoluciones judiciales, en particular aquella que ordena la prisión preventiva -a la que puede asimilarse la internación provisoria como aquella cautelar personal más gravosa susceptible de ser impuesta a los adolescentes-, constituye una garantía consagrada a favor del imputado para conocer a cabalidad los motivos de la decisión que lo priva de libertad y que encuentra reconocimiento constitucional en el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política de la República".

El fallo agrega, en su considerando segundo, que dicha fundamentación no se satisface con referencias formales de compartir o adherir a la tesis de alguno de los intervinientes, ni con la mera enunciación de citas legales, si no se dota de contenido a la decisión en términos de indicar, en cada caso y con precisión, cuáles son los fundamentos de hecho y de derecho que fundan las resoluciones adoptadas, debiendo comprender todos los extremos de peligro que exige el artículo 140 del Código Procesal Penal; estableciendo que tratándose de un adolescente, no sólo habrá de atenderse a la concurrencia de las exigencias antes referidas, sino que además deben tenerse en cuenta los factores propios previstos en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, dentro de los cuales cabe destacar la proporcionalidad de las medidas cautelares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la misma que "... impide que un juez dé lugar a una que parezca desproporcionada en relación con la sanción que resulte probable de aplicar en caso de condena, como además los principios que inspiran la normativa, como el interés superior del adolescente y el carácter extraordinario de las medidas restrictivas o privativas de libertad".

Con posterioridad a la sentencia antes analizada, surge un criterio restrictivo según el cual la internación provisoria sólo procede tratándose de imputaciones de crímenes en abstracto, siempre y cuando la sanción probable sea privativa de libertad y la medida haya sido decretada en resolución debidamente fundamentada, como se advierte en la sentencia Rol N° 36.339-2017, de 8 de agosto de 2017, que acoge el recurso de apelación de amparo y revoca la medida de internación provisoria respecto de un adolescente imputado por el delito de robo por sorpresa, señalando que "...en este caso el Ministerio Público imputa al amparado la comisión de un delito de robo por sorpresa, ilícito que conforme prescribe el artículo 436 inciso segundo del Código Penal, se sanciona con las penas de presidio menor en su grado medio a máximo, lo que los califica como simples delitos", agregando que se encuentra "vedado al juzgador imponer la medida cautelar de internación provisoria, conforme con la condición de procedencia fijada

por el artículo 32..." (considerandos tercero y cuarto). Coinciden con el argumento señalado, las sentencias Rol N° 12.956-2018, 18 de junio de 2018 y Rol N° 7.459-2018, de 24 de abril de 2018.

Cabe destacar que la sentencia Rol N° 7.459-2018, que acogió el amparo deducido en el caso de un imputado adolescente imputado por un delito de robo en lugar no habitado, lo hizo con el voto en contra de los Ministros Lamberto Cisternas y Manuel Valderrama, quienes estuvieron por confirmar la sentencia en alzada, siguiendo un criterio extensivo en cuanto a la procedencia de la medida cautelar de internación provisoria, al considerar que no constaba la tramitación separada de las distintas investigaciones seguidas contra el amparado, en una de las cuales se le imputaba un delito con pena de crimen y, dado el reiterado incumplimiento de las medidas cautelares impuestas con anterioridad, la medida de internación provisoria aparecía como proporcional e indispensable para asegurar los fines del procedimiento en este caso, no advirtiéndose, por tanto, una acción arbitraria o ilegal de la autoridad recurrida que afectara la libertad personal o seguridad individual del amparado.

De lo anterior es posible concluir que, en los casos de adolescentes imputados por simple delito, que presenten una causa pendiente por un delito que tenga asignada pena de crimen, y que cuenten con una o más medidas cautelares personales del artículo 155 del Código Procesal Penal vigentes al momento de cometer el simple delito, resultaría posible solicitar la sustitución de la medida cautelar vigente por la de internación provisoria, luego de agrupar las investigaciones y solicitar la revisión de las medidas cautelares decretadas en la investigación seguida por el delito de mayor gravedad.

Por su parte, la sentencia Rol N° 5.602-2016 de 28 de enero de 2016 confirmó sentencia de apelación de amparo que revocó la internación provisoria decretada en contra de un adolescente por no presentarse al emplazamiento efectuado en juicio oral simplificado, constando el voto en contra de los Ministros Lamberto Cisternas y Jorge Dahm, quienes fueron de la opinión de revocar el fallo apelado y rechazar la acción de amparo por cuanto había quedado de manifiesto que la imposibilidad de verificarse la audiencia de juicio oral simplificado fue únicamente consecuencia de la falta de comparecencia del joven imputado, "...quien válidamente emplazado y asistido por defensor letrado en todas las instancias, fue notificado personalmente de su obligación de comparecer y de las consecuencias que su falta le podía acarrear, a pesar de lo cual no compareció a las audiencias de juicio de 4 de septiembre y 20 de octubre de 2015 y 20 del actual, por lo que al hacerse efectivo el apercibimiento del artículo 33 del Código Procesal Penal el tribunal no incurrió en ilegalidad alguna".

Así también, en fallo Rol N° 13.117-2018 de 20 de junio de 2018, el máximo tribunal reconoció excepcionalmente la procedencia de la internación provisoria en simples delitos que pusiesen en riesgo la vida o la integridad física y psíquica de la víctima. En este caso, la sentencia confirmó lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en causa Rol N° 81-18, que había rechazado el recurso de amparo deducido por la defensa de un adolescente imputado por seis simples delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, reclamando por ello la ilegalidad de la internación provisoria decretada, fundado justamente en infracción al artículo 32 de la Ley N° 20.084, que como se ha sostenido, restringe la procedencia de esta cautelar a las imputaciones de crímenes. La sentencia de la Corte Suprema, siguiendo un criterio sistemático, señala en su considerando primero que "... el legislador procesal penal ha dispuesto que la imposición de medidas cautelares intensivas, como lo son la prisión preventiva en el caso de los adultos o la internación provisoria en el caso de los menores, deben encontrarse lo suficientemente justificadas en la perspectiva de bienes jurídicos que se protegen, como son por un lado la libertad personal y la seguridad individual y por otro la exigencia de resguardo de la víctima, la investigación o la sociedad".

El fallo agrega que en "...este contexto la ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal adolescente, no es una excepción al sistema referido sino que sólo establece reglas particulares que han de cumplirse atento los sujetos que regula".

La sentencia citada, sigue el criterio de la sentencia Rol N° 16.960 -2016 de 14 de marzo de 2016, toda vez que en su considerando segundo establece que la internación provisoria "sólo será procedente tratándose de imputación de conductas que de ser cometidas por un mayor de edad constituirían crímenes, [lo que] se eleva como una salvaguarda a la libertad de los adolescentes y al principio establecido y declarado en el artículo N° 2 de la referida ley". Sin embargo, lo novedoso del fallo es que reconoce una excepción al estatuto de responsabilidad penal adolescente fundada en la adecuada protección de la víctima de violencia intrafamiliar al concluir que "...la exigencia del artículo 32 de la ley N° 20.084 cede ante el bien jurídico protegido, cual es la vida e integridad física y psíquica de la víctima por lo que la medida cautelar consistente en la internación provisoria ... no importa una ilegalidad que pueda ser corregida por la vía de la acción constitucional de amparo".

Finalmente, cabe señalar que esta sentencia constituye el primer pronunciamiento expreso de la Excma. Corte Suprema respecto a la prevalencia del estatuto de violencia intrafamiliar sobre el de responsabilidad penal adolescente, pues las anteriores sentencias del máximo tribunal que confirmaron la procedencia de la internación provisoria respecto de un adolescente que comete simples delitos en contexto de violencia intrafamiliar lo hicieron sin

declaración. Es el caso de las sentencias Rol N $^\circ$ 58.843-2016, de 30 de agosto de 2016; Rol N $^\circ$ 9.565-2010, de 16 de diciembre de 2010 y Rol N $^\circ$ 3.072-2010, de 4 de mayo de 2010.

En efecto, la sentencia Rol N° 13.117-2018 en su considerando tercero dispone que "...el Estado de Chile ha declarado, a través de la Ley N° 20.066, que junto con prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar debe establecer los medios para lograr una adecuada protección a la víctima de violencia intrafamiliar. En este contexto las conductas que se le han imputado al amparado..., si bien en la perceptiva del Código Penal importan ilícitos cuya sanción se encuentra, a la luz del artículo 21, en el ámbitos de los simples delitos, lo cierto es que dada las características y entidad de los mismos, como también la condición de la víctima, dichas conductas, a la luz del artículo 5 de

La Ley de Violencia Intrafamiliar, afectan la vida e integridad física y psíquica de esta última".

Finalmente, en sentencia Rol N° 14.788-2018, de 25 de junio de 2018, la Corte Suprema confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 69-2018, que rechazó una acción constitucional de amparo deducida por las defensas de dos adolescentes imputados por el delito de robo por sorpresa, donde si bien la Corte de Apelaciones fundó el rechazo en el carácter extraordinario de la acción constitucional de amparo, el fallo deja constancia del voto de prevención¹⁵ que estimó que independientemente de lo razonado, la medida de internación provisoria resultaba proporcional, toda vez que de acuerdo a lo informado por el Ministerio Público. Cabe señalar, que los adolescentes no sólo habían sido imputados por el delito de robo por sorpresa, sino que mantenían múltiples condenas y causas pendientes, constituyéndose ambos en un peligro para la seguridad de la sociedad.

Así, en el caso de la imputada, desde el año 2017 a la fecha del último delito registraba quince condenas por hurto simple, robo por sorpresa, robo en lugar habitado y receptación, manteniendo dos causas vigentes con medidas cautelares y órdenes de detención por delitos de la misma especie que aquél por el cual fue imputada en la causa que motivó la acción constitucional. Por su parte, el imputado adolescente registraba desde el año 2016 a la fecha del último delito, condenas por robo con intimidación, lesiones menos graves, amenazas, desacato y robo en lugar habitado, sumado a que se encontraba cumpliendo condena en régimen semicerrado por el delito de robo con intimidación, además de tener procesos pendientes por el delito de robo en bienes nacionales de uso público, realizándose la prognosis de pena teniendo en consideración la regla de reiteración del artículo 351 del Código Procesal Penal y la circunstancia agravante de responsabilidad penal de reincidencia del artículo 12 N°16 del mismo código.

¹⁵ Voto de prevención expresado por la Ministra Sra. Cecilia Aravena.

3. Conclusiones

Con anterioridad a la sentencia Rol N°16.960-2016 de la Corte Suprema, el máximo tribunal había dado lugar a la medida cautelar de internación provisoria no sólo en los casos de imputaciones de crímenes, sino también, excepcionalmente, en los casos en que la penalidad del delito imputado en principio la restrinja, en los casos de incumplimiento de alguna de las medidas cautelares previstas en el Párrafo 6° del Título V del Libro I del Código Penal; en aquellos en que existan antecedentes que hagan presumir que el adolescente pudiere incumplir su obligación de permanecer en el lugar del juicio hasta su término, y presentarse a los actos del procedimiento, como a la ejecución de la sentencia o no asistiere a la audiencia del juicio oral; y en los casos de simples delitos en contexto de violencia al interior de la familia.

La sentencia Rol N°16.960-2016 marca una tendencia para limitar la procedencia de la internación provisoria a los casos más graves, según lo prescrito en el artículo 32 de la Ley N° 20.084, restringiendo la medida cautelar sólo a las imputaciones de crímenes, considerando la pena en abstracto y siempre que la sanción probable sea privativa de libertad y la medida haya sido decretada en resolución debidamente fundamentada. Sin embargo, la sentencia Rol N° 13.117-2018, si bien adscribe a la excepcionalidad de la medida, reconoce una contra excepción fundada en que el artículo 32 de la Ley N° 20.084 no admite una interpretación absoluta, pues cede frente a bienes jurídicos como la vida e integridad física y psíquica de la víctima, por seguridad de la misma, lo que permite concluir que el sistema de responsabilidad penal adolescente debe interpretarse en armonía con los bienes jurídicos relevantes que protege el ordenamiento jurídico.w

No obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema deja fuera del alcance de la medida cautelar más gravosa en simples delitos relevantes como el delito de robo a cajero automático y los casos de adolescentes reincidentes en simples delitos, además de explicitar su improcedencia en la hipótesis del artículo 33 del Código Procesal Penal, esto es, ante la incomparecencia injustificada del imputado adolescente cuando fuere necesario citarlo para llevar a cabo una actuación ante el tribunal, donde se requiera contar con el adolescente para su realización (juicio oral simplificado, juicio oral ordinario y audiencia de aprobación del plan de intervención individual), lo que conlleva numerosas citaciones a los adolescentes sin resultado positivo con los consecutivos agendamientos de nuevo día y hora para la realización de las audiencias y lo que es más grave aún, es que en aquellos casos en que se despacha orden de detención, cuando el adolescente es detenido, se controla la misma, estimándose improcedente la internación provisoria, citándose nuevamente al adolescente a la audiencia respectiva, a la que en la mayoría de los casos no concurrirá, situación que requiere considerarse ante las eventuales modificaciones a la Ley N° 20.084.

CONTENIDOS

Artículos

Una aproximación sociológica a los factores culturales, económicos y políticos del tráfico de drogas transnacional y su criminalidad organizada *Anton Lazzaro Müller*

Acciones del Ministerio Público de Chile en el Contexto de la Ratificación del Protocolo Facultativo Sobre Comunicaciones de la Convención de los Derechos del Niño Catalina Duque González

Elementos del delito de asociación ilícita en la jurisprudencia chilena: especial referencia a los tribunales superiores de justicia *Tania Gajardo Orellana*

Acerca del delito de loteos irregulares Rodrigo Peña Sepúlveda

La internación provisoria frente a la protección de determinados bienes jurídicos *María José Taladriz Eguiluz*

Sentencias Comentadas

Gastos reservados y malversación de caudales públicos: comentario a la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema en el denominado Caso Riggs *Alejandro Litman Silberman*

Fallos

Recurso de nulidad rechazado. Control de identidad e infracción a la Ley de Tránsito *Corte Suprema*

Recurso de nulidad rechazado. Penas accesorias y sustitución de la pena *Corte Suprema*

Contienda de competencia entre Fiscalía Local y Juzgado de Policía Local. Disensiones vecinales *Tribunal Constitucional*

Requerimiento de inaplicabilidad rechazado. Artículo 449 inciso 1° del Código Penal. Ley N°20.931 (Agenda Corta Antidelincuencia) *Tribunal Constitucional*

Extradición pasiva para cumplimiento de condena *Ministro Instructor Corte Suprema*