

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº 74 - DICIEMBRE 2018

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

N° 74 - Diciembre 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

Angélica 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

Política Nacional de Persecución Penal del Ministerio Público 9

II. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

Procedimientos policiales irregulares, corrupción y Derechos Humanos 31

Angélica Torres Figueroa

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

Artículos

El Agente Revelador de la Ley 20.000: Breve reseña a la luz de recientes fallos dictados por tribunales superiores de justicia de nuestro país 69

Álvaro Pérez d'Alençon

VI. UNIDAD DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

Sentencias Comentadas

Comentarios a una sentencia que resuelve un recurso de nulidad y apelación subsidiaria, en materia de extradición pasiva 83

Álvaro Hernández Ducos

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

Artículos

La pericia social de la víctima y sus contextos significativos en el sistema penal 101

Roberto Rodríguez Manríquez

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

Artículos

Aplicación de los criterios del Fiscal Nacional en delitos contra el medio ambiente y el patrimonio cultural 125

Bárbara L. Sanhueza Arancibia

Sentencias Comentadas

Algunos comentarios al fallo del Excelentísimo Tribunal Constitucional referido al artículo 27 de la Ley 19.913 145

Marcelo Contreras Rojas

VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

Artículos

Metodología de Investigación de Bandas Criminales (MEDBAC) 167

Omar Mérida Huerta

Javiera Díaz Larraín

Desde los Reflejos de la Violencia Armada y rumbo al Control y Persecución de las Armas de Fuego: Hacia una experiencia replicable desde la Investigación y el Análisis Criminal en la Zona Sur de Santiago 197

Patricio Rosas Ortiz

PRÓLOGO

En la Cuenta Pública rendida en abril de 2018, se hizo entrega al Sr. Presidente de la República del documento que contiene la Política de Persecución Penal del Ministerio Público, la que fue sancionada mediante Resolución de este Fiscal Nacional el día 29 de diciembre de 2017, y que fue producto de un arduo trabajo que involucró a la institución toda.

Considerando la importancia de esta definición, en este número de la Revista ponemos a disposición de todos los lectores, la Política Nacional de Persecución Penal del Ministerio Público para el período 2018 a 2022.

Ahora bien, la definición y el lanzamiento de la Política Nacional de Persecución Penal constituyó un gran hito, pero significó además el inicio de nuevas etapas de trabajo en esta iniciativa, que nos llevó durante 2018 a diagnosticar las necesidades de nuevos criterios de actuación del Ministerio Público, con la participación de las Unidades Especializadas de la Fiscalía Nacional y de nuestras Fiscalías Regionales; a realizar actividades de difusión de la Política ante distintas instituciones del Estado, representantes de la academia, y también al interior de nuestra institución, actividades que continuarán durante 2019.

En este mismo contexto, se dictaron cuatro instructivos para regular delitos priorizados por la Política Persecutoria, como lo son los de asociación ilícita y el lavado de activos, así como otro referido a los Tribunales de Tratamiento de Drogas para Adolescentes y uno referido a los delitos que regulan la criminalidad derivada de la violencia institucional. De forma paralela, se trabajó en una propuesta de indicadores para la futura medición del desempeño de este instrumento.

Adicionalmente se incorporó en el Plan de Capacitación de la Fiscalía de Chile un curso para fiscales, abogados asistentes y asesores jurídicos, sobre la Política Nacional de Persecución Penal, cuyo diseño e inicio está contemplado para el año 2019.

Del mismo modo, potenciando las atribuciones regionales que se definieron en el marco de la Política, se estableció como una meta para los Fiscales Regionales el informar sobre sus planes de trabajo para los delitos priorizados nacionales y para aquellas otras figuras delictivas que estimen necesario priorizar a la luz de las diversas realidades regionales, informando a la Fiscalía Nacional cómo están enfrentando esos diversos fenómenos delictivos.

Continuando con esta presentación del contenido de este número, resulta evidente que la corrupción es causa de permanente preocupación en nuestra sociedad, y los medios de comunicación se ocupan de informar respecto de distintos casos que comprometen la credibilidad de las instituciones, o incluso de todo un sistema. Y es que la ocurrencia de actos de corrupción compromete y debilita a la democracia misma y afecta el adecuado

funcionamiento de la organización social, llegando a comprometer derechos humanos básicos, como se expone en el artículo respecto de procedimientos policiales irregulares que presentamos en esta edición.

Frente a estas graves afectaciones, el Estado de Derecho se defiende dictando leyes que penalizan las peores conductas, y para hacer efectivas y legítimas las consecuencias de estos delitos, todos los actores involucrados trabajan desde sus respectivos ámbitos, como se refleja por ejemplo en artículos sobre los criterios para la investigación de delitos contra el medio ambiente y el patrimonio cultural; en una metodología de investigación desarrollada por el Ministerio Público para ilícitos cometidos por bandas criminales; un análisis en la relación del control de armas y delitos violentos en la zona sur de Santiago, o se profundiza en el delito de lavado de dinero a partir de un fallo del Tribunal Constitucional, y la figura y el actuar legítimo del agente revelador a través de jurisprudencia reciente.

En este proceso, cabe también destacar el trabajo conjunto de distintas especialidades, como en el artículo que expone acerca de la pericia social de víctimas en contexto de violencia de género, así como también la colaboración internacional, como se verifica en las extradiciones, y que se analiza en esta edición a partir de los comentarios a una sentencia de apelación y recurso de nulidad interpuestos ante la Corte Suprema contra una resolución que resolvió respecto de una extradición pasiva.

JORGE ABBOTT CHARME
FISCAL NACIONAL

MATERIAS
DE INTERÉS GENERAL

POLÍTICA NACIONAL DE PERSECUCIÓN PENAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

CAPÍTULO 1° PREÁMBULO

I. NECESIDAD DE UNA POLÍTICA NACIONAL DE PERSECUCIÓN PENAL

Las exigencias de una mayor certeza jurídica y de igualdad en el trato que reciben las y los ciudadanos involucrados en un proceso penal, así como la necesidad de una adecuada respuesta a los variados fenómenos de la criminalidad, demandan la definición, puesta en marcha y aplicación de una Política Nacional de Persecución Penal que guíe el actuar del Ministerio Público y consecuencialmente el de las policías y otros actores auxiliares vinculados a estos procedimientos.

A su vez, la necesidad de controlar el flujo de casos ante la creciente demanda que recibe el sistema de justicia penal, hace necesario analizar la capacidad que tiene el Ministerio Público de seleccionar adecuadamente qué casos perseguir con mayor énfasis y cómo ser más efectivos en aquellos seleccionados¹. A esto, se ha llamado la racionalización de la persecución penal². Lo anterior es de la mayor importancia, pues al analizar las principales cifras de la institución en el período que va del año 2009 a 2015, se observa que los ingresos de casos con imputados desconocidos han ido en aumento en comparación con los imputados conocidos, en tanto que en el período 2005–2013, las tasas de delitos contra la propiedad han aumentado un 25%; las infracciones a la Ley de Drogas un 111%; los abusos sexuales un 58% y los robos frustrados un 67%.³ Todo lo anterior, demuestra la necesidad de abordar la persecución estratégicamente.

Este es un desafío sumamente complejo, ya que implica tomar decisiones fundamentales para el cumplimiento de los objetivos de la institución. Se requiere determinar qué hechos se deben perseguir con mayor fuerza,

1 A. CARRARA. PERSECUCIÓN PENAL ESTRATÉGICA DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA. 2017.

2 A. RODRIGUEZ. PERSECUCIÓN PENAL ESTRATÉGICA: UNA PROPUESTA DE POLÍTICA CRIMINAL. 2009.

3 CLIODINAMICA. INFORME CONSULTORÍA PLAN ESTRATÉGICO MINISTERIO PÚBLICO 2016–2022. 2016.

explicando a la sociedad y actores relevantes estas decisiones, las cuales pueden y deben ser revisadas -y modificadas si corresponde- con el paso del tiempo, atendiendo al dinamismo inherente al fenómeno delictivo. En esta materia la vulnerabilidad de las víctimas, la afectación de bienes jurídicos relevantes, la conmoción social que provoca el caso, la presencia de delincuentes prolíficos y la atención a fenómenos de criminalidad emergente, siempre serán criterios orientadores de las decisiones adoptadas, puesto que de lo contrario, se corre el riesgo de caer en arbitrariedades y tratos desiguales⁴.

Desde los inicios de la reforma procesal penal, los fiscales nacionales han tenido especial preocupación por los criterios de actuación que se han plasmado en múltiples oficios e instructivos, sin perjuicio de lo cual las exigencias actuales ya mencionadas demandan la definición de una Política Nacional de Persecución Penal.

Una política de esa naturaleza se compone de múltiples elementos y caracteres, entre los que se pueden destacar su inteligencia, por medio del uso de herramientas de análisis criminal⁵; su perspectiva comunitaria, al integrarse en alianza con actores estatales y de la sociedad civil (víctimas y testigos, denunciantes, organizaciones, etc.) para dar una respuesta integral al conflicto; y su faz estratégica, donde se integra el trabajo de los fiscales a una estrategia global de comprensión de las diversas formas de criminalidad.⁶ Para lograr integrar estos elementos, la facultad de dirección exclusiva de la investigación de hechos constitutivos de delito que detenta el Ministerio Público tiene un rol fundamental, a fin de lograr las orientaciones, coordinaciones y apoyos requeridos para este desafío⁷.

II. FUNDAMENTOS NORMATIVOS

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

El artículo 83 de la Constitución Política de la República establece que un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de

4 A. RODRIGUEZ. 2009

5 Se creó el Sistema de Análisis Criminal y Focos Investigativos, a través del cual el Ministerio Público pretende robustecer la persecución penal mediante el desarrollo de estrategias que generen iniciativas para actuar sobre mercados delictuales específicos. Este sistema tendrá una implementación gradual de tres años (2016 – 2018), y estará conformado por las Unidades de Análisis Criminal (UAC) y Equipos Investigativos de Foco.

6 A.BINDER. ANÁLISIS POLÍTICO CRIMINAL. 2011.

7 A.RODRIGUEZ, 2009.

delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.

En el inciso tercero de dicha norma se señala que “El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso.”

Por su parte en el artículo 91 se indica que el Fiscal Nacional tendrá la superintendencia directiva, correccional y económica del Ministerio Público, en conformidad a la ley orgánica constitucional respectiva.

LEY N°19640 ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

En su artículo 1° se expresa que el Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. No podrá ejercer funciones jurisdiccionales.

Las siguientes normas se refieren a los principios que deben regir la actuación del Ministerio Público y sus fiscales, así como las facultades que el legislador ha conferido al Fiscal Nacional:

Artículo 3°. En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen.

Artículo 4°. El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán siempre de aprobación judicial previa.

Artículo 6°. Los fiscales y funcionarios del Ministerio Público deberán velar por la eficiente e idónea administración de los recursos y bienes públicos y por el debido cumplimiento de sus funciones.

Los fiscales deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.

Los procedimientos del Ministerio Público deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y procurarán la simplificación y rapidez de sus actuaciones.

Artículo 7°. Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia administrativa y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y de la actuación de los funcionarios de su dependencia.

Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones.

Artículo 8°. Los fiscales y los funcionarios del Ministerio Público deberán observar el principio de probidad administrativa.

La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

El Ministerio Público adoptará las medidas administrativas tendientes a asegurar el adecuado acceso a los fiscales por parte de cualquier interesado, con pleno respeto a sus derechos y dignidad personal.

Artículo 13. El Fiscal Nacional es el jefe superior del Ministerio Público y responsable de su funcionamiento.

Ejercerá sus atribuciones personalmente o a través de los distintos órganos de la institución, en conformidad a esta ley.

Artículo 17. Corresponderá al Fiscal Nacional:

a) Fijar, oyendo previamente al Consejo General, los criterios de actuación del Ministerio Público para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Constitución y en las leyes. Tratándose de los delitos que generan mayor conmoción social, dichos criterios deberán referirse, especialmente, a la aplicación de las salidas alternativas y a las instrucciones generales relativas a las diligencias inmediatas para la investigación de los mismos, pudiendo establecerse orientaciones diferenciadas para su persecución en las diversas Regiones del país, atendiendo a la naturaleza de los distintos delitos.

El Fiscal Nacional dictará las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos. No podrá dar instrucciones u ordenar realizar u omitir la realización de actuaciones en casos particulares, con la sola excepción de lo establecido en el artículo 18;

Artículo 21. El Fiscal Nacional rendirá cuenta de las actividades del Ministerio Público en el mes de abril de cada año, en audiencia pública. En la cuenta se referirá a los resultados obtenidos en las actividades realizadas en el período, incluyendo las estadísticas básicas que las reflejen, el uso de los recursos otorgados, las dificultades que se hubieren presentado y, cuando lo estime conveniente, sugerirá las políticas públicas y modificaciones legales que estime necesarias para el mejoramiento del sistema penal, para una efectiva persecución de los delitos, la protección de las víctimas y de los testigos, y el adecuado resguardo de los derechos de las personas.

Asimismo, dará a conocer los criterios de actuación del Ministerio Público que se aplicarán durante el período siguiente.

Artículo 37 bis.- Créase el Sistema de Análisis Criminal y Focos Investigativos, en adelante “el Sistema”, para el fortalecimiento de la persecución penal, mediante la incorporación de estrategias de análisis e investigación sobre mercados delictuales u otras estructuras de criminalidad reconocibles.

El Sistema estará compuesto por unidades de análisis criminal y unidades de focos investigativos. Las unidades de análisis criminal, que formen parte del Sistema, tendrán las siguientes funciones:

- a) Generar información mediante el análisis estratégico de los datos agregados provenientes de delitos contra la propiedad y, en general, de aquellos de mayor connotación social, calificados por el Fiscal Nacional, ya sea que su investigación se encuentre vigente o terminada.
- b) Efectuar reportes de la información analizada sobre criminalidad regional, identificación de patrones comunes en ciertos tipos de delitos, reconocimiento de imputados y cualquier otro que se requiera en relación con un tipo de criminalidad específica.
- c) Formular orientaciones y diseñar procedimientos estándares de gestión eficiente de la información que permitan el logro de los resultados propuestos por el Ministerio Público.

Los informes y reportes elaborados por las unidades de análisis criminal en ejercicio de las funciones señaladas en el inciso anterior podrán ser declarados reservados para los efectos de lo dispuesto en el artículo 21 de la ley N°20.285.

Las unidades de focos investigativos del Sistema dependerán de cada Fiscalía Regional, debiendo coordinarse operativamente con las fiscalías locales de la respectiva región, y estarán compuestas por fiscales adjuntos, quienes ejercerán la acción penal, adoptarán medidas de protección a víctimas y testigos, y dirigirán la investigación en aquellos delitos que hayan sido objeto de estudio de las unidades de análisis criminal del Sistema.

CÓDIGO PROCESAL PENAL

Las normas atinentes del Código Procesal Penal son las siguientes:

Artículo 3° Exclusividad de la investigación penal. El ministerio público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinaren la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, en la forma prevista por la Constitución y la ley.

Artículo 6° Protección de la víctima. El Ministerio Público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su parte, el tribunal garantizará conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento.

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

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

Artículo 77° Facultades. Los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

Artículo 78° Información y protección a las víctimas. Será deber de los fiscales durante todo el procedimiento adoptar medidas, o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; facilitar su intervención en el mismo y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir.

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

a) Entregarle información acerca del curso y resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que debiere realizar para ejercerlos.

b) Ordenar por sí mismos o solicitar al tribunal, en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados.

c) Informarle sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo, y remitir los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles.

d) Escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o su terminación por cualquier causa.

Si la víctima hubiere designado abogado, el Ministerio Público estará obligado a realizar también a su respecto las actividades señaladas en las letras a) y d) precedentes.

Artículo 78° bis. Protección de la integridad física y psicológica de las personas objeto del tráfico ilícito de migrantes y víctimas de trata de personas. El Ministerio Público adoptará las medidas necesarias, o las solicitará, en su caso, tendientes a asegurar la protección de las víctimas de estos delitos durante el proceso penal, teniendo presente la especial condición de vulnerabilidad que las afecta.

Cuando se trate de menores de dieciocho años, los servicios públicos a cargo de la protección de la infancia y la adolescencia deberán facilitar su acceso a las prestaciones especializadas que requieran, especialmente, aquellas tendientes a su recuperación integral y a la revinculación familiar, si fuere procedente de acuerdo al interés superior del menor de edad.

En los casos en que las víctimas de los delitos establecidos en los artículos 411 bis y 411 quáter del Código Penal carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que los intereses de las personas menores de edad son independientes o contradictorios con los de aquel a quien corresponda representarlo, el juez le designará un curador ad litem de cualquier institución que se dedique a la defensa, promoción o protección de los derechos de la infancia.

Artículo 87° Instrucciones generales. Sin perjuicio de las instrucciones particulares que el fiscal impartiere en cada caso, el Ministerio Público regulará mediante instrucciones generales la forma en que la policía cumplirá las funciones previstas en los artículos 83 y 85, así como la forma de proceder frente a hechos de los que tomare conocimiento y respecto de los cuales los datos obtenidos fueren insuficientes para estimar si son constitutivos de delito. Asimismo, podrá impartir instrucciones generales relativas a la realización de diligencias inmediatas para la investigación de determinados delitos.

III. FACULTADES DEL FISCAL NACIONAL

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, corresponde al Fiscal Nacional fijar los criterios de actuación del Ministerio Público para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Constitución y en las leyes, a lo cual se agrega que tratándose de los delitos que generan mayor conmoción social, dichos criterios deberán referirse, especialmente, a la aplicación de las salidas alternativas y a las diligencias inmediatas para la investigación de los mismos, pudiendo establecerse orientaciones diferenciadas para su persecución en las diversas Regiones del país, atendiendo a la naturaleza de los distintos delitos.

El mismo artículo 17 señala que el Fiscal Nacional dictará instrucciones generales para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación, ejercicio de la acción penal y protección de víctimas y testigos. Todas estas herramientas, que la Ley Orgánica otorga, son fundamentales en materia de persecución penal estratégica. Cabe señalar que dichas facultades reconocen como límite, la imposibilidad del Fiscal Nacional de dar instrucciones y realizar actuaciones en casos particulares.

A su vez, en el artículo 6° de la referida Ley Orgánica Constitucional se establece que los fiscales y funcionarios del Ministerio Público deberán velar por la eficiente e idónea administración de los recursos y bienes públicos y por el debido cumplimiento de sus funciones, norma que habilita y mandata al Fiscal Nacional para establecer criterios de actuación congruentes con la idoneidad y la eficiencia en el uso de los recursos.

En el ejercicio de esta facultad y en el marco de la misma, se procederá a definir la Política Nacional de Persecución Penal del Ministerio Público 2018 - 2022, entendiendo por tal la determinación del marco de acción y los criterios que deberán orientar la persecución penal de acuerdo a la Constitución Política de la República y las leyes y que está sometida a los principios y valores institucionales, definiendo prioridades y criterios objetivos que permitan adecuar la gestión a los principios señalados, conjugando de manera racional los recursos humanos y financieros para alcanzar los fines de la misma.

IV. PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA NACIONAL DE PERSECUCIÓN PENAL

La adopción de una política de persecución penal, como toda decisión de política pública criminal adoptada por el Ministerio Público, se construirá de acuerdo a los lineamientos estratégicos de la institución, contenidos en el Plan Estratégico de la Fiscalía de Chile para el período 2016 – 2022. Este plan es la hoja de ruta institucional, y en él se encuentran contenidas tanto la visión

como su misión, elementos que fueron fruto del trabajo mancomunado de los integrantes de nuestra institución. Por tanto, resulta esencial que los principios y valores que rijan y guíen la nueva Política Nacional de Persecución Penal sean concordantes con la misión y visión institucional.

MISIÓN:

SOMOS LA INSTITUCIÓN PÚBLICA QUE DIRIGE EXCLUSIVA Y OBJETIVAMENTE LAS INVESTIGACIONES PENALES; EJERCEMOS LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA PROPONIENDO LA MEJOR SOLUCIÓN AL CONFLICTO PENAL, DENTRO DEL MARCO LEGAL ESTABLECIDO, TENIENDO PRESENTE LOS INTERESES DE LAS VÍCTIMAS Y DE LA SOCIEDAD, PROTEGIENDO A LAS PRIMERAS COMO ASIMISMO A LOS TESTIGOS DE DELITOS.

VISIÓN:

SER UNA INSTITUCIÓN CONFIABLE, INTEGRADA POR PERSONAS CON VOCACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO, RECONOCIDA POR LA SOCIEDAD POR SU EFICACIA EN LA PERSECUCIÓN PENAL, QUE INVOLUCRA A VÍCTIMAS Y TESTIGOS EN TODO EL PROCESO PENAL Y SE CONSOLIDA COMO UN ACTOR RELEVANTE DENTRO DEL SISTEMA DE JUSTICIA.

Tomando en consideración las definiciones anteriores, a continuación se señalan los principios rectores de la Política Nacional de Persecución Penal, que deberán ser observados, respetados y cumplidos por todas y todos los fiscales y funcionarios del Ministerio Público:

AUTONOMÍA

La Política Nacional de Persecución Penal se desarrollará con autonomía e independencia de los poderes públicos, aplicando las herramientas de política criminal que le han sido conferidas al Ministerio Público por la Constitución Política de la República y su Ley Orgánica.

OBJETIVIDAD

Las decisiones de persecución penal que se adopten en el marco de la nueva política nacional, siempre se adoptarán respetando de manera irrestricta la objetividad que en las labores investigativas debe observar el Ministerio Público a través de sus fiscales, de acuerdo a la Constitución Política de la República y las leyes que lo regulan, investigando con igual celo no solo los

hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también las que le eximen de ella, la extingan o la atenúen.

RESPECTO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El Ministerio Público actuará con pleno respeto a los derechos fundamentales de las personas.

Fiscales y funcionarios respetarán y protegerán en sus actuaciones la dignidad humana, contribuyendo al buen funcionamiento del sistema penal.

DIRECCIÓN EXCLUSIVA DE LA INVESTIGACIÓN

La adopción y ejecución de la Política Nacional de Persecución Penal tendrá como eje central la dirección exclusiva de la investigación por parte del Ministerio Público, entendiéndose esta facultad y el rol coordinador de las policías y órganos auxiliares que de ella emana, como un elemento fundamental para el éxito de las directrices generales de persecución penal que se adopten con ocasión de la política.⁸

UNIDAD DE ACCIÓN

Para el correcto desarrollo de la Política Nacional de Persecución Penal, fiscales y funcionarios deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y con unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones y llevando a cabo de forma organizada las estrategias y lineamientos emanados de la política.

IGUALDAD ANTE LA LEY

Tanto en las definiciones de la Política Nacional de Persecución Penal como en todas las actuaciones del Ministerio Público en las diversas etapas del proceso penal, se deberá velar por la igualdad ante la ley.

8 La Comisión Asesora Presidencial de “reforma a la reforma procesal penal” (2012), señaló que era de vital importancia la existencia de mayor coordinación entre las policías. Asimismo, se indicó la necesidad de desarrollar acciones de capacitación interinstitucional. En torno a la coordinación interinstitucional, con aquellas instituciones que colaboran estrechamente en la dirección de las investigaciones y el ejercicio de la acción penal, como es el caso de Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile y otros organismos, se identifica que la percepción general es que hace falta coordinación, comunicación y mayor vinculación desde la gestión, y que esto se vea reflejado en el fin último que se espera lograr.

FUENTE: CLIODINÁMICA. INFORME CONSULTORÍA PLAN ESTRATÉGICO MINISTERIO PÚBLICO 2016-2022. 2016.

PROTECCIÓN Y ATENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS

El Ministerio Público reconoce, en el cumplimiento de su mandato constitucional, la necesidad de actuar con el mismo nivel de oportunidad, eficiencia y eficacia en el ejercicio de la acción penal como en la obligación de brindar protección a víctimas y testigos. En razón de ello, fiscales y funcionarios siempre velarán por la oportuna y eficaz atención y protección de las víctimas y testigos, incorporándolos de manera efectiva en el proceso penal y, a través de ellos, recabará más elementos para potenciar el desarrollo de la persecución penal y para responder, eficaz y eficientemente, con sus necesidades de protección.

PROBIDAD

La labor del Ministerio Público requiere actuar con honradez e integridad, y que ello se vea reflejado en un actuar probo y transparente.

Fiscales y funcionarios del Ministerio Público deberán velar por la eficiente e idónea administración de los recursos y bienes públicos.

TRANSPARENCIA

El Ministerio Público debe permitir y promover el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de las actividades investigativas y la persecución penal, con excepción de aquellos casos en que proceda reserva o secreto, o la publicidad impida o entorpezca el cumplimiento de sus funciones o cuando con ello se afecten derechos de terceros.

Se deberán adoptar las medidas tendientes a asegurar el adecuado acceso a los fiscales por parte de cualquier interesado, con pleno respeto a sus derechos y dignidad personal.

INTERÉS DE LA SOCIEDAD

El desarrollo de la Política Nacional de Persecución Penal, las decisiones de priorización de la persecución y el reconocimiento e identificación de las necesidades locales específicas en materia delictiva, tendrán en especial consideración el interés de la sociedad en su conjunto.

EVOLUCIÓN Y ADAPTACIÓN

El Ministerio Público deberá dar adecuada respuesta a las nuevas realidades delictuales que se presenten. Para ello se establecerán los mecanismos adecuados a fin de actualizar la Política Nacional de Persecución Penal, para atender a las nuevas realidades criminales sean nacionales, regionales o locales, teniendo en

cuenta el fenómeno de la globalización y sus consecuencias desde el punto de vista de la aparición de nuevas realidades delictuales, transnacionalización de otros tradicionalmente domésticos y nuevas tipologías en la comisión de delitos.

V. PRIORIZACIÓN COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA POLÍTICA DE PERSECUCIÓN PENAL

La adopción de una política de persecución penal, parte del reconocimiento de la imposibilidad del sistema de investigar y perseguir todos los delitos con la misma intensidad. Así, la persecución penal estratégica y la aplicación del principio de oportunidad son manifestaciones de la necesidad de administrar la carga de trabajo. En este escenario, la priorización es fundamental y llevará a concentrar mayores esfuerzos en determinados tipos delictuales o formas de comisión, a utilizar la herramienta del juicio oral en los casos más graves, a unificar criterios para aplicación de salidas alternativas respecto de hechos que no lesionan el interés público de manera relevante a nivel país.⁹

Es necesario que las decisiones que a este respecto se adopten, gocen de un grado de coherencia, legitimidad y justificación racional, que sean acordes con un estado democrático de derecho. Por ello, las directrices sobre qué fenómenos priorizar, requieren consistencia a nivel institucional. Por tanto, la adopción de una política de persecución penal es requerida, con consenso a nivel tanto interno como externo, y tomará en consideración la importancia de los bienes jurídicos lesionados, la intensidad con la que se dañan, la alta connotación pública de la conducta ilícita, entre otros criterios¹⁰. Por ello se llevó a cabo un intenso trabajo, tanto a nivel de Unidades Especializadas, Divisiones, Unidades de Apoyo y Fiscalías Regionales, para así generar la metodología de trabajo que guiará el actuar del Ministerio Público.

Lo anterior no excluye que la decisión de priorización que a nivel nacional se adopte, pueda tener matices en distintas partes del territorio, puesto que lo contrario significaría ignorar las múltiples y diversas realidades existentes en Chile. Adicionalmente, se requiere que las medidas adoptadas se funden en antecedentes objetivos, tales como, herramientas de análisis criminal, estadísticas, información recabada de denunciantes, víctimas, testigos, actores de la sociedad civil, expertos, etc. En definitiva, se pretende lograr que para casos similares, se adopten decisiones de persecución también similares, evitando así espacios de arbitrariedad¹¹.

9 L. PASARA. ELEMENTOS PARA UNA POLÍTICA DE PERSECUCIÓN PENAL EN COSTA RICA. 2009.

10 IDEM.

11 IDEM.

Una adecuada priorización de la persecución que adopte los elementos antes señalados, debería contribuir a la legitimidad tanto de la Fiscalía en particular como del sistema de justicia penal en general, aumentando la confianza de los ciudadanos, lo que se espera que repercuta favorablemente en la presentación de denuncias¹² y la colaboración con las investigaciones, entre otros factores.

VI. DESARROLLO DE LA POLÍTICA NACIONAL DE PERSECUCIÓN PENAL AL INTERIOR DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La participación de los actores internos del Ministerio Público se considera un elemento clave para el éxito de la política, correspondiendo a un esfuerzo mancomunado de la institución su desarrollo, entendiéndose que el consenso institucional es un elemento trascendental para su correcta aplicación y desarrollo.

Por ello el desarrollo de la Política Nacional de Persecución Penal del Ministerio Público contó con una serie de etapas que involucraron a distintos actores, tanto internos como externos.

- 1) Definición en el Plan Estratégico Institucional y en el Plan Institucional Anual del año 2017, de la necesidad de definir una Política Nacional de Persecución Penal
- 2) Conformación del equipo de trabajo que coordinó el trabajo institucional
- 3) Definición del preámbulo de la Política Persecutoria por los Fiscales Regionales en sesión de Consejo General
- 4) Entrevista a actores externos relevantes del sector Justicia
- 5) Análisis de instructivos del Fiscal Nacional
- 6) Realización de jornada de Directores de Unidades Especializadas y Divisiones de la Fiscalía Nacional
- 7) Elaboración de Diagnóstico y Documento Marco de Orientaciones
- 8) Proceso de retroalimentación y participación regional
- 9) Análisis y observaciones por los Fiscales Regionales en el Consejo General de diciembre de 2017

12 Según los resultados del Estudio de Percepción del Servicio de la Defensoría Penal Pública, referidos a las razones por las cuales las víctimas no las realizan, un 18% señaló que la policía no podría haber hecho nada, un 16% que los tribunales no hubiesen hecho nada y un 13.8% porque los trámites demandan mucho tiempo. FUENTE: CLIODINÁMICA. INFORME CONSULTORÍA PLAN ESTRATÉGICO MINISTERIO PÚBLICO 2016-2022. 2016.

De todas estas instancias se extrajeron importantes insumos que permitieron al Ministerio Público definir la metodología de trabajo para la determinación de las prioridades institucionales en este primer período y la forma de abordarlas. Lo anterior, velando por la igualdad de la ley a lo largo del territorio nacional, pero con respeto y atención a las particularidades que cada región presenta en materia delictiva.

VII. CARÁCTER DINÁMICO Y FLEXIBLE DE LA POLÍTICA NACIONAL DE PERSECUCIÓN PENAL

El carácter dinámico del fenómeno delictivo (nuevas formas de comisión, organización, surgimiento de mercados relacionados, etc.), y la multiplicidad de las diversas realidades locales, necesariamente definen a la Política Nacional de Persecución Penal, como una herramienta dinámica y flexible.

Dinámica, puesto que nuevos hechos o realidades repercutirán en su modificación, y flexible, puesto que múltiples especificaciones por territorio le serán inherentes. Como bien se señaló anteriormente, la coherencia a nivel nacional de los lineamientos del instrumento, no son obstáculo para la debida atención que las realidades locales requieren.

Por ello su diseño metodológico contempla la posibilidad de cambio, que se fundará en las directrices contempladas en el documento de implementación, control y actualización de la Política Nacional de Persecución Penal del Ministerio Público.

CAPÍTULO 2° DE LAS PRIORIDADES NACIONALES

I. METODOLOGÍA PARA DEFINIR LAS PRIORIDADES NACIONALES

Uno de los ejes fundamentales de la Política de Persecución Penal es la definición de los delitos o ámbitos que serán priorizados a nivel nacional. La metodología utilizada para definir las prioridades nacionales se construyó por medio de un trabajo colaborativo de la Fiscalía Nacional y las distintas Fiscalías Regionales.

En este orden de ideas, se buscaron los denominadores comunes de la priorización nacional propuesta por las regiones, con el objeto de reducir el ámbito de delitos priorizados solo a aquellos que tuvieran un mayor grado de transversalidad entre las distintas Fiscalías Regionales.

El trabajo anterior se complementó por medio de la aplicación de los criterios de priorización que tuvieron más aceptación entre las respuestas de las diferentes Fiscalías Regionales:

- 1) Vulnerabilidad de víctimas
- 2) La afectación de bienes jurídicos relevantes
- 3) Los vinculados al impacto o conmoción social que provoca el caso
- 4) Delincuentes prolíficos
- 5) Criminalidad emergente

Adicionalmente, se incorporó la experiencia del Sistema de Análisis Criminal y Focos Investigativos (SACFI) como una forma de priorización ya operativa en gran parte del país.

II. PRIORIZACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD EN LA LEY N° 20.861

La introducción del Sistema de Análisis Criminal y Focos Investigativos por la Ley N° 20.861 que fortalece el Ministerio Público, tuvo como consecuencia necesaria reforzar los grandes esfuerzos institucionales en la investigación y persecución de los delitos contra la propiedad en todo el país. Dicha priorización se plasmó en el reglamento del Sistema de Análisis Criminal y Focos Investigativos (aprobado por Resolución FN/MP N° 1002 de fecha 30 de mayo de 2016), el cual establece en su artículo 2 que *“Es función del SACFI robustecer la persecución penal de delitos contra la propiedad...”*.

III. DELITOS PARA UNA PRIORIZACIÓN NACIONAL

Como resultado de la metodología antes descrita, se elaboró la siguiente lista que contiene los ámbitos o categorías de delitos que serán objeto de priorización en todas las fiscalías regionales:

- 1) DELITOS VIOLENTOS CONTRA LA PROPIEDAD. SE INCLUYE TAMBIÉN EN ESTA CATEGORÍA EL DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN, EN ATENCIÓN A QUE LA VULNERACIÓN DE UN ESPACIO DE RESGUARDO E INTIMIDAD, COMO EL HOGAR, GENERA UNA AFECTACIÓN QUE EXCEDE EL SOLO DERECHO DE PROPIEDAD.**

- 2) **VINCULADOS CON EL CRIMEN ORGANIZADO: TRÁFICO DE DROGAS, DELITOS CONTEMPLADOS EN LA LEY DE CONTROL DE ARMAS, LAVADO DE ACTIVOS Y ASOCIACIONES ILÍCITAS.**
- 3) **RELACIONADOS CON CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LAS VÍCTIMAS: FEMICIDIOS, DELITOS SEXUALES QUE AFECTEN A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD Y DELITOS COMETIDOS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.**
- 4) **DELITOS DE CORRUPCIÓN Y DELITOS ECONÓMICOS QUE AFECTEN EL FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO.**
- 5) **DERECHOS HUMANOS: DELITOS DE TORTURA Y APREMIOS ILEGÍTIMOS. TRATA DE PERSONAS, TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES Y ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA COMETER ESTOS ÚLTIMOS DELITOS.**
- 6) **DELITOS DE HOMICIDIO.**
- 7) **MANEJO EN ESTADO DE EBRIEDAD CON RESULTADO DE MUERTE.**

CAPÍTULO 3° DE LAS PRIORIDADES REGIONALES

DEFINICIÓN DE LAS PRIORIDADES LOCALES POR LAS FISCALÍAS REGIONALES

La definición por parte de las regiones de la priorización persecutoria especial de su Región será un proceso esencial para el correcto establecimiento de la Política Nacional de Persecución Penal, y se ha contemplado como una fase posterior a la de la definición de las prioridades nacionales indicadas en el capítulo anterior. El conocimiento de las fiscalías regionales del fenómeno delictivo local, las transforma en el estamento institucional más adecuado para determinar aquellas prioridades delictivas que acompañarán a las establecidas a nivel país. Respecto de ellas, los fiscales regionales podrán establecer sus propios planes de trabajo, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de lo señalado en el Capítulo 2°.

CAPÍTULO 4°

METODOLOGÍA PARA EL TRABAJO CON LOS DELITOS PRIORIZADOS

I. METODOLOGÍA

Respecto de los delitos priorizados a que se hace referencia en el Capítulo 2°, el Fiscal Nacional deberá dictar una resolución estableciendo los delitos que serán prioridad persecutoria a nivel nacional.

Conjuntamente con el establecimiento de los delitos, se llevará a cabo un trabajo respecto de cada delito priorizado, que abordará, entre otras, las siguientes áreas:

- 1) Mecanismos para garantizar la coherencia entre las distintas fiscalías regionales
- 2) Análisis de los sistemas de información vinculados con los delitos priorizados
- 3) Metodología de trabajo con las Unidades Especializadas
- 4) Estudio de casos con sentencias absolutorias
- 5) Análisis de las diligencias investigativas
- 6) La pertinencia de crear Macrozonas
- 7) Revisión de criterios de actuación (Capítulo 5°)
- 8) Construcción de indicadores para la medición del cumplimiento de los objetivos

Posteriormente, los fiscales regionales podrán dictar una resolución estableciendo orientaciones diferenciadas para los delitos priorizados a nivel nacional (en caso de estimarlo pertinente) que serán aplicadas en el nivel local, indicando los fundamentos que llevaron a la decisión de adoptarlas.

La resolución enunciada en el párrafo anterior deberá contener un plan de trabajo para los delitos priorizados a nivel nacional, estableciendo las medidas que se adoptarán para desarrollar la persecución preferente. A modo ejemplar se señalan las siguientes:

- 1) Establecimiento de criterios de actuación
- 2) Control del cumplimiento de los criterios de actuación
- 3) Estrategias de protección a víctimas y testigos
- 4) Cooperación con organismos públicos o privados
- 5) Trabajo en modalidad de macrozonas
- 6) Plan para fortalecer la relación con la comunidad

Una vez concluido el período, se enviará un Informe Regional de ejecución del plan de trabajo, el cual recibirá la retroalimentación de la Fiscalía Nacional.

II. TRABAJO EN MACROZONAS

El trabajo en macrozonas se considera una metodología fundamental para abordar los delitos priorizados y aquellos fenómenos delictivos que involucren a determinados grupos de regiones. Hasta el momento se han constituido dos y su trabajo ha sido evaluado positivamente.

Este modelo conjunto, que integran Fiscalías Regionales y Unidades Especializadas de la Fiscalía Nacional, incluye entre sus objetivos generales *“...crear una mesa de trabajo conjunto, con altos niveles de análisis y estudios de orden jurídico, estratégico y multidisciplinario, que permita generar y liderar investigaciones por delitos que afectan transversalmente estas regiones (patrón común), además de desarrollar estrategias eficientes de persecución penal dirigidas por equipos especializados que enfrenten de forma integral delitos graves y complejos, optimizando los recursos humanos y tecnológicos de cada zona, intensificando el traspaso de información constante y la coordinación”*¹³.

Entre los objetivos específicos de las macrozonas, se encuentra la posibilidad de definir estrategias investigativas tendientes a indagar de manera conjunta o paralela ciertos delitos o blancos investigativos, como igualmente la creación de equipos especializados y la generación de instancias de capacitación y retroalimentación.

Algunos delitos para los cuales podría resultar adecuada la modalidad de macrozonas son el abigeato, la trata de personas y el tráfico de migrantes, delitos en contexto de violencia rural e incendios.

CAPÍTULO 5°

DE LOS CRITERIOS DE ACTUACIÓN

La priorización adoptada en la Política Nacional de Persecución Penal, se traducirá en la revisión de los criterios de actuación para fiscales y funcionarios del Ministerio Público y en su modificación cuando resulte necesario, tanto para los delitos incluidos en la priorización, como para aquellos que no sean considerados en ella.

Como hasta ahora ha ocurrido, tales criterios estarán contenidos en Oficios del Fiscal Nacional, dictados de conformidad a lo dispuesto en el artículo 17 letra a) de la Ley N° 19.640.

13 Informe de Trabajo de la mesa de coordinación en delincuencia organizada en la macrozona norte del Ministerio Público.

Durante el año 2018 la Fiscalía Nacional se abocará a la revisión de los instructivos, a fin de introducirles las modificaciones necesarias para llevar a cabo en forma eficaz este Plan de Política de Persecución Penal, considerando los recursos disponibles para el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales del Ministerio Público.

Estos criterios de actuación se referirán, entre otros, a los siguientes aspectos:

- a) Instrucciones generales relativas al estándar mínimo y oportunidad de las diligencias a decretar para la investigación de los delitos
- b) Oportunidad y forma de entrevista a la víctima
- c) Medidas de protección y comunicación con la víctima y testigos
- d) Condiciones para someter a un imputado a control de detención
- e) Coordinación con Policías y organismos auxiliares del Ministerio Público
- f) Medidas cautelares
- g) Condiciones para el principio de oportunidad
- h) Condiciones para salidas tempranas o alternativas y sus requisitos
- i) Condiciones para la elección del procedimiento a seguir
- j) Invocación o reconocimiento de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal
- k) Régimen recursivo: impugnación de resoluciones judiciales mediante recursos procesales
- l) Procedencia de penas sustitutivas a la privación de libertad y su efectivo cumplimiento
- m) Intervención en la etapa de ejecución y cumplimiento. Rol del Ministerio Público en materia de penas sustitutivas u otras incidencias en esta etapa

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

PROCEDIMIENTOS POLICIALES IRREGULARES, CORRUPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS*

Angélica Torres Figueroa¹

Introducción

En enero de 2018, se reveló que funcionarios de Carabineros de Chile elaboraron y presentaron informes policiales y periciales falsos en diversas investigaciones penales y militares de gran relevancia, con la finalidad que se atribuyera responsabilidad penal en los hechos investigados a determinadas personas, principalmente pertenecientes al pueblo Mapuche, permitiendo formalizar investigación, e incluso solicitar prisión preventiva; asimismo, la información falsa también fue utilizada para justificar la utilización de procedimientos especiales de obtención de información que contiene la ley referida al Sistema de Inteligencia de Estado.

Si bien es cierto existió una rápida reacción por parte del Ministerio Público, iniciando una investigación penal por los hechos acaecidos, la respuesta otorgada por el sistema de justicia pareciera ser insuficiente frente a la gravedad de lo sucedido, desde una perspectiva sustantiva, aspecto que será el tema central del presente trabajo, mediante el que pretendo analizar cuál es el vínculo existente entre Derechos Humanos, corrupción y lo que la autora ha denominado “procedimientos policiales irregulares”, entendiendo por tales aquellos en que existe un hecho punible, pero se atribuye participación a personas inocentes por parte de los funcionarios policiales, y aquellos en que no existe hecho punible alguno, siendo el procedimiento policial completamente falaz.

* El presente artículo corresponde al trabajo final de la autora para titularse en el “Diploma de Postítulo en Derechos Humanos: Teoría y práctica para su protección”, impartido por la Escuela de postgrado y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Fue publicado con modificaciones en la Revista de Ciencias Penales, Edición Anual 2018, Sección Doctrina.

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

De acuerdo con ello, el documento se ha dividido en los siguientes capítulos:

En primer lugar, se revisará el concepto de corrupción, intentando determinar cómo la corrupción puede traducirse en una violación a los Derechos Humanos.

A continuación, se explicará qué es lo que la autora ha entendido por “procedimientos policiales irregulares”, y cómo éstos se traducen en actos de corrupción, y por ende, en una violación a los Derechos Humanos.

En el tercer capítulo, se precisará cuáles son los Derechos Humanos que se ven afectados de manera directa por los procedimientos policiales irregulares.

Finalmente, se analizará cuál es la reacción estatal frente a estas situaciones, observando la realidad existente y las expectativas deseables para dar cumplimiento a los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos.

I. La corrupción como violación a los Derechos Humanos

1. Concepto de corrupción

La corrupción es un concepto difícil de definir con precisión. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción considera más apropiado presentar una lista de ejemplos de prácticas corruptas que dar una definición de aplicación universal².

En efecto, el prefacio señala: “La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los Derechos Humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana”³.

En tanto, el preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción se refiere a los efectos de la misma, señalando que “la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden

2 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Policía 2: Integridad y responsabilidad de la policía* [en línea]. Nueva York, Estados Unidos, Naciones Unidas, 2010. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/The_Integrity_and_Accountability_of_the_Police_Spanish.pdf [fecha de consulta: 12 diciembre 2018].

3 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción* [en línea]. Mérida, México, 2003. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=257958> [fecha de consulta: 13 diciembre 2018].

moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos, y que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social⁴.

Transparencia Internacional, en tanto, la define como el abuso del poder para beneficio propio⁵.

Los autores nacionales Rodríguez y Ossandón, realizan una exhaustiva revisión del concepto y de los elementos de la corrupción. En cuanto al concepto, señalan que es complejo acotar el término, porque el significado puede variar mucho según el contexto social y cultural, porque en algunos casos se ha estudiado en conjunto con otros fenómenos como la criminalidad organizada, y porque ha sido objeto de estudio desde diversas disciplinas tales como el derecho, la sociología, la ciencia política y la economía. En cuanto a los elementos del concepto, afirman que existe cierto consenso en torno a alguno de los puntos centrales que deben concurrir, tales como el carácter secreto y la falta de transparencia que denotan las acciones susceptibles de ser encasilladas bajo esta denominación. Añaden que el concepto también se vincula al ámbito del derecho, porque las conductas corruptas implican violación de preceptos legales y también porque representan una clara transgresión al valor de la justicia. Agregan que la literatura sociológica tiende a identificar la corrupción con operaciones movidas por el afán de beneficio económico directo o indirecto, pero precisan que en los últimos años se ha cuestionado la procedencia de atribuir carácter necesariamente pecuniario a los actos en que se concreta la corrupción, estimándose que lo esencial es la primacía que asume el interés particular, sea que éste se concrete en una ventaja patrimonial o en cualquier otra forma de gratificación o satisfacción. Es decir, pese a que los beneficios son casi siempre de índole económica, no queda excluida la posibilidad de que ellos consistan en otro tipo de gratificaciones no directamente avaluables en dinero, como el otorgamiento de honores, premios u otro tipo de favores no obtenibles a través del cumplimiento de un deber posicional⁶.

4 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana contra la corrupción* [en línea]. Caracas, Venezuela, 1996. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=131065> [fecha de consulta: 12 diciembre 2018].

5 TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. *Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción* [en línea]. 2009, p. 14. Disponible en: <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf> [fecha de consulta: 14 diciembre 2018].

6 RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena. *Delitos contra la Función Pública*. 2ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2016, págs. 21-29.

Como es posible apreciar, el concepto de corrupción es bastante amplio. Una definición acorde con los planteamientos de los párrafos siguientes pareciera ser la otorgada por Transparencia Internacional, en cuanto se refiere al abuso de poder para beneficio propio; sin embargo, es necesario precisar que, para efectos de este trabajo, sólo se atenderá al “abuso de poder” en la esfera pública y no en la privada, y que el contenido del “beneficio propio” no se entenderá restringido a un beneficio de carácter económico, lo que parece plausible, teniendo en consideración los ejemplos y efectos de la corrupción descritos por las convenciones internacionales, los que permiten considerar como actos de corrupción acciones que son contrarias a la probidad e integridad, y que no necesariamente implican la búsqueda de un beneficio económico por parte del funcionario público, lo que también es reconocido por parte de la doctrina, como se ha señalado anteriormente.

2. Vínculo entre corrupción y Derechos Humanos

Respecto al vínculo entre corrupción y Derechos Humanos, en la práctica predominante de Naciones Unidas, sólo se utiliza un vocabulario débil para hacer la conexión, tanto en documentos estratégicos, como en la práctica de supervisión por parte de los cuerpos creados en virtud de tratados y el Consejo de Derechos Humanos derivado de la Carta de la ONU⁷.

La mayoría de los textos se refieren únicamente al “impacto negativo” del disfrute de los derechos humanos o afirman que la corrupción “socava” los derechos humanos o enfatiza el “efecto grave y devastador” de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos⁸.

A nivel americano se ha señalado que “la lucha contra la corrupción guarda una relación inequívoca con el ejercicio y disfrute de los Derechos Humanos. La impunidad impulsa y perpetúa actos de corrupción. Por ello, el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicarla es una obligación imperiosa con el fin de alcanzar el acceso efectivo a una justicia independiente e imparcial y para garantizar los Derechos Humanos”⁹.

7 PETERS, Anne. *Corrupción y Derechos Humanos* [en línea]. Basilea, Suiza, 2015, p. 12. Disponible en: https://www.baselgovernance.org/sites/collective.localhost/files/publications/corruption_and_human_rights_spanish.pdf [fecha de consulta: 13 diciembre 2018].

8 *Ibid.*, p. 13.

9 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos Humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción*. Resolución 1/17 [en línea], de 12 de septiembre 2017. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-17-es.pdf> [fecha de consulta: 12 diciembre 2018].

El vínculo más evidente entre corrupción y Derechos Humanos, tal como pone de manifiesto la resolución de la Comisión Interamericana, es aquel que se da entre una práctica corrupta que viola directamente Derechos Humanos. Sin embargo, como acertadamente observa Nash, también existe un punto en el que corrupción y Derechos Humanos se cruzan, quizá de forma menos evidente, pero no por ello menos perjudicial.

En efecto, señala el autor que desde una perspectiva general, es posible distinguir dos tipos de vínculos causales: en primer lugar, prácticas corruptas que violan directamente Derechos Humanos, y en segundo lugar, prácticas corruptas que conducen a violaciones de Derechos Humanos, pero que, consideradas en sí mismas, no violan un derecho. Un acto corrupto viola de forma directa un derecho cuando aquel significa inmediatamente el incumplimiento de una obligación estatal referida a dicho derecho. En la segunda situación, el acto corrupto puede ser un antecedente esencial en una cadena de acontecimientos que conduce a la violación de un derecho, generando un riesgo directo de que se produzca una vulneración, pero no una violación inmediata¹⁰.

Afirma Nash que el impacto de la corrupción se visualiza más fácilmente en algunos derechos que en otros. Así por ejemplo, en las primeras exploraciones que llevó a cabo la ONU sobre esta relación, su enfoque estuvo puesto especialmente en los derechos sociales, económicos y culturales. Otro espacio en que la conexión es fácil de advertir es en el ámbito de la justicia. Por otra parte, aunque no sea tan fácil de reconocer como en los casos anteriores, desde la perspectiva de Derechos Humanos es muy importante advertir que la corrupción afecta al principio de igualdad y no discriminación al impactar desproporcionadamente sobre las personas que pertenecen a grupos en situación de discriminación, como trabajadores migrantes, pueblos indígenas,

10 NASH, Claudio. *Corrupción y Derechos Humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* [en línea]. Santiago, Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2014, p. 27. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142495/Corrupcion-y-derechos-humanos.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [fecha de consulta: 11 diciembre 2018].

El autor señala como violación directa de un derecho, situaciones en las que un juez acepta un soborno, ya que se afecta de forma inmediata su imparcialidad, con lo cual se viola el derecho a un juicio justo. Un ejemplo de la segunda situación se presenta cuando un funcionario de aduana permite la importación de desechos tóxicos desde otro país a cambio de un soborno. Y si, luego de aquello, dichos desechos son ubicados próximos a una zona habitacional, en tal caso los derechos a la vida y a la salud de los habitantes de dicha zona serían violados de forma indirecta por el soborno. También existe un vínculo indirecto cuando algunas autoridades, buscando evitar que se denuncien actos de corrupción, amenazan a quienes se proponen denunciarlos (whistleblower). En estos casos, pueden afectarse la libertad de expresión y los derechos a la integridad personal y a la vida, lo cual tendría como causa principal el acto corrupto.

personas privadas de libertad, etc., toda vez que no gozan de sus derechos de la misma forma que el resto de la sociedad y tienen menos capacidad de defenderse frente a abusos de poder, razón por la cual son víctimas fáciles de prácticas corruptas¹¹.

Por último, añade el mismo autor, el vínculo entre corrupción y Derechos Humanos está presente en otros ámbitos aún menos visibles. Ello ocurriría, por ejemplo, con los derechos a la vida y a la integridad física. Estos derechos pueden verse afectados cuando existe corrupción en la policía, en las fuerzas armadas o en otras instituciones encargadas de hacer cumplir las leyes. En estos casos, el abuso de poder que implica la corrupción puede traducirse en detenciones arbitrarias, ejecuciones sumarias o lesiones a la integridad personal¹².

La afirmación anterior es del todo relevante para efectos de la presente investigación, puesto que da cuenta de varios elementos:

En primer lugar, recoge la idea de que la corrupción implica abuso de poder.

En segundo lugar, reconoce que la corrupción se traduce en violación de Derechos Humanos.

En tercer lugar, da cuenta que un ámbito en el que la corrupción se traduce en vulneración de Derechos Humanos, es en el ámbito policial, de las fuerzas armadas y de las instituciones encargadas de hacer cumplir las leyes, lo que justamente coincide con parte del planteamiento del presente documento y será revisado con mayor detalle en el apartado siguiente.

En un sentido similar, el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos señala que en términos generales la corrupción viola Derechos Humanos de muchas formas, estimula la discriminación, priva de sus ingresos a los grupos más vulnerables e impide que los individuos gocen de todos sus derechos políticos, civiles, sociales, culturales y económicos, para luego proveer un punto de partida, al mostrar que los actos de corrupción tienen impactos directos, indirectos o remotos en los derechos¹³.

11 *Ibíd.*, págs. 27 y 28.

12 *Ibíd.*, p. 29.

13 CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS. *La corrupción y los Derechos Humanos. Estableciendo el vínculo* [en línea]. Ginebra, Suiza, CIEDH, 2009, págs. 27-33. Disponible en: <http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/UNPAN041206.pdf> [fecha de consulta: 10 diciembre 2018].

Un vínculo remoto ocurriría cuando la policía viola derechos al arrestar a manifestantes en el transcurso de disturbios sociales que hubieran sido desatados en parte por corrupción electoral: la corrupción electoral viola directamente el derecho a la participación política, pero su relación con las violaciones que ocurren en los arrestos es distante.

A modo de resumen de este primer apartado, es posible afirmar que el concepto de corrupción es amplio, y para efectos de este trabajo recogerá la idea de abuso de poder, con miras a la obtención de provecho particular, no necesariamente pecuniario. Por otra parte, la corrupción puede traducirse en violación de Derechos Humanos de diversas formas, siendo ciertamente las actuaciones policiales irregulares un paradigma de abuso de poder, y por ende, de corrupción, que puede vulnerar ciertos derechos, quizá de manera menos evidente y más remota, pero no por ello menos grave.

II. Los procedimientos policiales irregulares como actos de corrupción

Como se anticipó al finalizar el apartado anterior, uno de los planteamientos de la presente investigación es que los procedimientos policiales irregulares son actos de corrupción y, como tales, vulneran Derechos Humanos.

Lo que corresponde revisar en este apartado es de qué manera los procedimientos policiales irregulares se traducen en actos de corrupción.

Respecto a cómo podría considerarse a los procedimientos policiales irregulares como actos de corrupción, corresponde tomar como base dos ideas: en primer lugar, que un procedimiento policial irregular encierra un ámbito en que puede existir abuso de poder, idea a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior, en el entendido que el abuso de poder corresponde a una de las definiciones o manifestaciones de la corrupción; y en segundo lugar, que se está en presencia de actos ilícitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, y ese tipo de hechos, la mayoría de las veces son considerados actos de corrupción.

1. Procedimientos irregulares: definición y su relación con el abuso de poder como manifestación de corrupción

En este acápite, corresponde referirse a lo que habrá de entenderse por “procedimientos policiales irregulares” y cómo éstos se traducen en abuso de poder.

Para efectos de este trabajo, en primer lugar, corresponde precisar que por “procedimiento policial” se entenderá esencialmente la labor investigativa desarrollada en el ámbito procesal penal, es decir, aquellas investigaciones que busquen determinar la existencia de un hecho punible y la participación en el mismo, desarrollada por funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile. También pueden considerarse las investigaciones desarrolladas por Gendarmería de Chile, cuando se trate de la investigación de hechos cometidos al interior de establecimientos

penales, de conformidad a lo establecido en el artículo 79 del Código Procesal Penal¹⁴.

En segundo lugar, se considerará que dichos procedimientos policiales son “irregulares”, cuando se investiga un hecho que existe realmente, pero en el que el personal policial imputa participación¹⁵ a una persona o grupo de personas inocentes, a sabiendas de ello, o bien, teniendo sospechas de su participación, pero sin contar con pruebas para acreditarlo; o bien, aquellos casos en que no ha existido hecho alguno, y en el que se imputa participación a una persona o grupo de personas, evidentemente inocentes, a sabiendas de ello.

Un ejemplo del primer caso podría ser el siguiente: el día de hoy se comete un atentado incendiario en contra de X. Personal policial inicia una investigación, y al no encontrar personas a quienes atribuir participación en el atentado, decide atribuírsela a A, B y C, a sabiendas que son inocentes, o sospechando que han participado en el hecho, pero sin tener pruebas para acreditarlo. La forma de lograr su objetivo puede ser variada, pero una vía podría ser la falsificación de documentos como informes policiales o pericias. En este caso, el hecho (incendio) existió, pero faltaba determinar la participación en el mismo.

Un ejemplo del segundo caso podría ser el siguiente: un grupo de sujetos suele dar entrevistas a través de la prensa, que incomodan a ciertos sectores de la sociedad. También se han manifestado pacíficamente en las calles, sin

14 Artículo 79.- Función de la policía en el procedimiento penal. La Policía de Investigaciones de Chile será auxiliar del Ministerio Público en las tareas de investigación y deberá llevar a cabo las diligencias necesarias para cumplir los fines previstos en este Código, en especial en los artículos 180, 181 y 187, de conformidad a las instrucciones que le dirigieren los fiscales. Tratándose de delitos que dependieren de instancia privada se estará a lo dispuesto en los artículos 54 y 400 de este Código. Asimismo, le corresponderá ejecutar las medidas de coerción que se decretaren.

Carabineros de Chile, en el mismo carácter de auxiliar del ministerio público, deberá desempeñar las funciones previstas en el inciso precedente cuando el fiscal a cargo del caso así lo dispusiere.

Sin perjuicio de lo previsto en los incisos anteriores, tratándose de la investigación de hechos cometidos en el interior de establecimientos penales, el Ministerio Público también podrá impartir instrucciones a Gendarmería de Chile, que actuará de conformidad a lo dispuesto en este Código.

15 Se ha preferido hacer la referencia a “participación” y no a “responsabilidad penal”, en el entendido que, al inventar o alterar pruebas, el primer objetivo sería el de imputar participación, independiente de lo que pueda ocurrir a lo largo del proceso con los elementos jurídicos del delito como la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, o incluso condiciones objetivas de punibilidad, o circunstancias modificatorias de responsabilidad. Sin embargo, no se descarta que en un caso concreto la irregularidad del procedimiento esté dirigida a alterar la participación y alguno de dichos elementos, o sólo estos últimos.

que las protestas traigan aparejados disturbios. Personal policial sospecha que podrían estar vinculados a algún delito, pero no cuenta con pruebas para acreditarlo. A objeto de poder investigarlos penalmente por algún hecho, comunican al Ministerio Público la existencia del delito de asociación ilícita terrorista, situación que es completamente falsa. Para lograr su objetivo, al igual que en el caso anterior, se pueden valer de la falsificación de documentos como informes policiales y pericias. La diferencia con el primer caso, es que en la segunda situación no ha existido delito alguno (no existe asociación ilícita terrorista, ni ningún otro hecho delictual), y la primera noticia que el Ministerio Público tiene del presunto delito, es precisamente la comunicación que el personal policial realiza.

La calificación jurídica idónea para este tipo de actuaciones, será analizada en el cuarto apartado del presente documento.

Las conductas descritas, ciertamente engloban una irregularidad. En ese sentido, la normativa internacional ha demostrado preocupación justamente por delimitar o normar el uso del poder en este ámbito específico del desempeño de la función pública. Así, la Oficina del Alto Comisionado de la ONU, mediante el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, establece una serie de medidas tendientes a evitar actos de corrupción en este ámbito. Relevante a este respecto, resulta lo señalado en los artículos 1, 2 y 7 y sus respectivos comentarios¹⁶:

Artículo 1. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión.

Comentario: La expresión “funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” incluye a todos los agentes de la ley, ya sean nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención.

Artículo 2. En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas.

Comentario: Los Derechos Humanos de que se trata están determinados y protegidos por el derecho nacional y el internacional. Entre los instrumentos internacionales

¹⁶ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* [en línea]. Nueva York, Estados Unidos, 1979. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/LawEnforcementOfficials.aspx> [fecha de consulta: 11 diciembre 2018].

pertinentes están la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y la Convención de Viena sobre relaciones consulares.

Artículo 7. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no cometerán ningún acto de corrupción. También se opondrán rigurosamente a todos los actos de esa índole y los combatirán.

Comentario: Cualquier acto de corrupción, lo mismo que cualquier otro abuso de autoridad, es incompatible con la profesión de funcionario encargado de hacer cumplir la ley. Debe aplicarse la ley con todo rigor a cualquier funcionario encargado de hacerla cumplir que cometa un acto de corrupción, ya que los gobiernos no pueden pretender hacer cumplir la ley a sus ciudadanos si no pueden, o no quieren, aplicarla contra sus propios agentes y en sus propios organismos.

A nivel interno, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 de la Constitución Política de la República, es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Las actuaciones que se dan en el marco de un procedimiento policial irregular, claramente van en contra de las obligaciones antes mencionadas e implican abuso de poder.

Respecto a las irregularidades descritas y el abuso de poder, afirma la doctrina que todo acto de corrupción policíaca constituye un acto de abuso de autoridad, toda vez que quien lo comete toma ventaja de su posición y del poder que le otorga¹⁷. Además, en la mayoría de los países, los poderes policiales han sido concebidos para proteger las libertades y los derechos fundamentales de la sociedad, pero, como es natural, la delegación de algunos de esos mismos poderes presenta simultáneamente la posibilidad de que sean objeto de graves abusos¹⁸.

17 MOHOR, Alejandra y FRÜHLIN, Hugo. *Reflexiones en torno a la corrupción policial*. Santiago, Chile, Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, Universidad de Chile, 2006, p. 2.

18 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, ob. cit., p. 1.

Desde el punto de vista policial, la corrupción supone generalmente hacer algo que uno no debería hacer o no hacer algo que sí debería hacer, para beneficio, ganancia o provecho propio o ajeno, en detrimento de un tercero. Entre los ejemplos más comunes de corrupción policial cabe mencionar los siguientes: no hacer cumplir la ley a cambio de un favor o ganancia; exigir el pago de multas o sobornos por una supuesta infracción de tránsito u otra falta; hurto o uso indebido de bienes en posesión legal de la policía para su custodia; vender información confidencial; participar directamente en actividades delictivas como el contrabando o el tráfico ilícito; coacción, y, finalmente, “perder” o manipular las pruebas¹⁹.

Respecto a la manipulación de pruebas, como manifestación de corrupción policial, se señala que esta situación puede presentarse, en primer lugar, para frustrar una condena, por ejemplo en caso que un sujeto pague a un agente para asegurarse de que las pruebas se pierdan o sean manipuladas de manera de frustrar el enjuiciamiento²⁰.

Pero además de la pérdida de pruebas para frustrar la condena, se afirma que la manipulación puede efectuarse para conseguir que se condene a alguien. Así, algunas prácticas contrarias a la integridad de la policía, destinadas a estos fines, irían desde la de obtener y utilizar pruebas sin seguir los procedimientos prescritos, hasta la de cometer violaciones directas de los derechos del sospechoso, incluida la obtención de confesiones por coacción (a veces mediante la tortura), y la de colocar e inventar pruebas o prestar falso testimonio en un juicio (perjurio)²¹. En un sentido similar, se ha señalado que plantar o agregar evidencia incriminatoria correspondería a una situación de corrupción permanente, por oposición a la circunstancial que puede afectar a un órgano policial²². Este tipo de situaciones podría ocurrir porque el agente puede haber olvidado hacer algo o no ha encontrado suficientes pruebas para demostrar un elemento importante del caso, o bien puede ocultar algo que parece demostrar que el sospechoso no es culpable²³. A modo de justificación de este actuar, se señala que esta situación se plantea con frecuencia cuando un policía pierde fe en el sistema de justicia penal y actúa guiado por un sentido equivocado del deber o afán de conseguir que se condene a alguien de cuya culpabilidad está convencido. Esta conducta es, a pesar de todo, ilegal²⁴.

19 *Ibíd.*, p. 2.

20 *Ibíd.*, p. 1.

21 *Ibíd.*, p. 3.

22 MOHOR y FRÜHLIN, *ob. cit.*, p. 4.

23 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *ob. cit.*, p. 17.

24 *Ibíd.*, p. 3.

2. Procedimientos policiales irregulares: sujeto activo, funcionario público

En cuanto a la segunda idea, es decir, que los actos irregulares cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones son constitutivos de corrupción, corresponde precisar qué se entiende por funcionario público.

En cuanto al concepto de funcionario público, el artículo 2.a) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción lo define de la siguiente manera:

“a) Por “funcionario público” se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”.

En tanto, la Convención Interamericana contra la Corrupción, señala en su artículo I:

““Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”.

La legislación chilena recoge en parte estas definiciones. Para efectos penales, la definición de funcionario público se encuentra en el artículo 260 del Código Penal, que establece:

“Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

De la definición otorgada, es posible extraer tres elementos esenciales:

- Que exista una relación jurídica o vinculación lícita entre el empleado y un organismo del Estado, lo que se entiende en forma amplia (planta, contrata, contrato de trabajo, honorarios).

- Que ese organismo desarrolle una función pública, es decir que satisfaga necesidades sociales.
- Que el organismo se encuentre adscrito al Estado en alguna forma.

De esta manera, siguiendo lo establecido por las convenciones internacionales contra la corrupción, y por la legislación nacional, es posible señalar que tanto los funcionarios de Carabineros, Policías de Investigaciones y Gendarmería son funcionarios públicos, toda vez que para que se desempeñen en cualquiera de las tres instituciones debe existir una relación jurídica entre los funcionarios y un organismo del Estado; además, tanto Policía de Investigaciones como Carabineros y Gendarmería desarrollan una función pública. Esta aseveración se ve reforzada por lo dispuesto en las respectivas leyes orgánicas de dichas instituciones. Así por ejemplo, el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones, Decreto Ley N° 2.460, establece que su misión fundamental es investigar los delitos de conformidad a las instrucciones que al efecto dicte el Ministerio Público, sin perjuicio de las actuaciones que en virtud de la ley le corresponde realizar sin mediar instrucciones particulares de los fiscales. Por otra parte, el artículo 5 establece que corresponde en especial a Policía de Investigaciones contribuir al mantenimiento de la tranquilidad pública; prevenir la perpetración de hechos delictuosos y de actos atentatorios contra la estabilidad de los organismos fundamentales del Estado; dar cumplimiento a las órdenes emanadas del Ministerio Público para los efectos de la investigación, así como a las órdenes emanadas de las autoridades judiciales, y de las autoridades administrativas en los actos en que intervengan como tribunales especiales; prestar su cooperación a los tribunales con competencia en lo criminal; prestar la cooperación necesaria en cumplimiento de tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, incluyendo el intercambio de datos personales.

En lo que respecta a Carabineros, su Ley Orgánica, N° 18.961, establece en el artículo 1° inciso 1° que Carabineros es una Institución policial técnica y de carácter militar, que integra la fuerza pública y existe para dar eficacia al derecho; su finalidad es garantizar y mantener el orden público y la seguridad pública interior en todo el territorio de la República y cumplir las demás funciones que le encomiendan la Constitución y la ley.

En tanto, la Ley Orgánica de Gendarmería, Decreto Ley N° 2.859 de 1979, establece en su artículo 1° que Gendarmería es un Servicio Público que tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley.

Finalmente, los tres organismos se encuentran adscritos al Estado de alguna forma. Así, Carabineros y Policía de Investigaciones dependen del Ministerio del Interior y se vinculan administrativamente con éste a través de la

Subsecretaría del Interior, en tanto Gendarmería depende del Ministerio de Justicia.

Como corolario del presente apartado, es posible concluir que los funcionarios policiales son funcionarios públicos, y su actuación a través de procedimientos policiales irregulares, por ejemplo al implantar pruebas a una persona inocente, implica apartarse de sus obligaciones, lo que se traduce en abuso de poder, y por ende, en actos de corrupción. En el apartado siguiente se analizará cuáles podrían ser los Derechos Humanos que en concreto se vulnerarían a través de este tipo de actuaciones.

III. Derechos Humanos que se ven afectados por los procedimientos policiales irregulares, entendidos como actos de corrupción

Habiendo precisado cómo la corrupción puede traducirse en una violación de Derechos Humanos, y de qué manera los procedimientos policiales irregulares se traducen en actos de corrupción, corresponde mencionar cuáles son, en concreto, los Derechos Humanos vulnerados.

De acuerdo con Nash, en primer lugar, para determinar si una práctica corrupta vulnera o no un Derecho Humano es necesario aclarar cuáles son las obligaciones que se derivan del derecho en cuestión. Para saber eso se requiere determinar el contenido y alcance del derecho y relacionarlo con las obligaciones generales de respeto y garantía. Luego de esta operación, es posible saber a qué está obligado el Estado respecto del derecho analizado²⁵.

En cuanto a las obligaciones del Estado, es generalmente aceptado que los Estados tienen tres niveles de obligaciones en relación con los Derechos Humanos: las obligaciones de “respetar”, “proteger” y “garantizar o cumplir”²⁶.

La obligación de respetar exige al Estado que se abstenga de tomar cualquier medida que pueda privar a los individuos del disfrute de sus derechos o de su capacidad para satisfacer esos derechos por sus propios medios. La obligación de proteger exige al Estado prevenir violaciones a los Derechos Humanos por terceras personas. La obligación de garantizar o cumplir exige que el Estado tome medidas para garantizar que las personas bajo su jurisdicción puedan satisfacer sus necesidades básicas cuando no puedan hacerlo a través de sus propios medios. Aunque esta es la obligación clave de los Estados en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, el deber de cumplir o

25 NASH, ob. cit., p. 27.

26 CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS, ob. cit., p. 27.

garantizarlos también surge en relación con los derechos civiles y políticos. Por ejemplo, la prohibición de la tortura supone que el Estado investigue y juzgue a los perpetradores, apruebe leyes para sancionar actos de tortura y tome medidas preventivas tales como la capacitación policial²⁷.

Una violación a los Derechos Humanos ocurre, por tanto, cuando los actos u omisiones de un Estado no se ajustan a las obligaciones del Estado a respetar, proteger o garantizar los Derechos Humanos reconocidos para las personas bajo su jurisdicción. Para evaluar el comportamiento de un Estado específico, en la práctica, es necesario además determinar, cuáles son las conductas específicas a la que el Estado está obligado en relación con cada derecho. Esto dependerá de las obligaciones que haya asumido el Estado en materia de Derechos Humanos, así como de su sentido y alcance, que debe tener en cuenta el objeto y fin de cada obligación y los hechos de cada caso. El término “violación” sólo se utilizará formalmente cuando exista una obligación de carácter legal (nacional o internacional)²⁸.

Para efectos de este trabajo, se analizarán ciertos derechos que se estima pueden ser vulnerados a través de la ejecución de procedimientos policiales irregulares. Siguiendo el análisis propuesto, se revisará cuáles son los alcances de cada uno, y cuáles las obligaciones que surgen para el Estado, para así analizar si en un determinado caso se vulnera o no.

1. Libertad

Este derecho se encuentra consagrado en términos amplios en los artículos 1º y 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁹ y en el artículo 1º inciso 1º de la Constitución Política de la República³⁰.

27 Ibid., págs. 29-31.

28 Ibid., p. 31. En el mismo sentido VÁSQUEZ, Daniel y DELAPLACE, Domitille. “Políticas Públicas con perspectiva de Derechos Humanos: un campo en construcción”. En: *Revista Internacional de Derechos Humanos* 8, N° 14, 2011, págs. 42-43, quienes señalan que los órganos del Estado tienen una obligación de respetar, es decir, no violentar Derechos Humanos, ni por medio de acciones ni a través de omisiones; obligación de proteger, evitando que particulares violenten Derechos Humanos; obligación de garantizar, en cuanto el aparato gubernamental debe organizarse de tal forma que las personas pueden ejercer sus derechos, lo que implica prevenir violaciones de Derechos Humanos e investigar los casos de violaciones de Derechos Humanos.

29 Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

30 Artículo 1 inciso 1. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Desde la perspectiva de la libertad ambulatoria, es posible hacer referencia al artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³¹; artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos³²; artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³³; y al artículo 5 del Código Procesal Penal³⁴.

31 Artículo 9. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

32 Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

33 Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

34 Artículo 5. Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad. No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de

Desde una perspectiva amplia, el alcance del derecho a la libertad se asocia con la posibilidad de auto determinarse, es decir, de conducirse en la vida como a la persona le parezca, obviamente siempre que sus actos no afecten los derechos de terceros³⁵.

La libertad ambulatoria, en tanto, es también un aspecto de la libertad humana, pero sólo referido a la posibilidad de moverse en el espacio sin limitaciones³⁶. En el ámbito de la libertad ambulatoria, se ha señalado que algunos tratados como la Convención Americana de Derechos Humanos se refieren a la prisión como una forma de limitación de este tipo de libertad; sin embargo, debe considerarse que el hecho de existir un énfasis sobre la prisión no significa que es sólo ese tipo de privación de libertad el que se protege, sino cualquier privación de libertad que implique la detención de una persona en un espacio reducido³⁷.

Por otra parte, se hace referencia en los tratados internacionales a las condiciones exigibles para que una privación de libertad sea legítima, mencionándose en doctrina que las exigencias serían la legalidad y ausencia de arbitrariedad.

Las obligaciones que surgen para el Estado, vinculadas a este derecho, serían de respeto, en el sentido de que el Estado no debe violar este derecho, y también una obligación de garantía, ya que el Estado debe asegurar su goce y ejercicio, y también responder frente a eventuales violaciones del mismo.

Las obligaciones mencionadas y los requisitos de una privación de libertad legítima son fundamentales a la hora de analizar la forma en que procedimientos policiales irregulares vulneran el derecho a la libertad. Ello es así porque una de las exigencias es que no exista arbitrariedad, entendiendo por tal que nadie pueda ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– pueden reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas,

privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes.

Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía.

35 MEDINA, Cecilia. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial* [en línea]. Santiago, Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, p. 212. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23072.pdf> [fecha de consulta: 10 diciembre 2018].

36 *Ibid.*, p. 213.

37 *Ibid.*

irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad³⁸. En el caso concreto, existiendo detenciones a partir de un procedimiento policial irregular, e incluso decretándose la prisión preventiva, es posible a lo menos sostener que existe irracionalidad, entendida como carencia de razón, de motivo o de derecho para ejecutarla³⁹ precisamente porque el motivo para llevar a cabo la detención o decretar la prisión va más allá de la mera inexistencia, siendo falso, inexistente y viciado. Relevante resulta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconociera en un caso que la arbitrariedad derivó de las detenciones de que el afectado había sido objeto “se enmarcaron en un cuadro de abuso de poder” que correspondía al patrón de violaciones de derechos humanos de la época⁴⁰. Pues bien, en opinión de la autora, la situación de los procedimientos policiales irregulares no es muy distinta a la de violaciones de Derechos Humanos cometidas en contextos como el descrito por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴¹.

2. Debido proceso y presunción de inocencia

Se ha decidido tratar la presunción de inocencia de manera conjunta con el debido proceso, en el entendido que ésta forma parte de aquél. El debido proceso, en general, se encuentra reconocido en los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴²; artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴³; artículo 2 del Pacto Internacionales de

38 *Ibid.*, p. 222.

39 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española* [en línea]. 2017. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=VFawIYq> [fecha de consulta: 14 diciembre 2018].

40 MEDINA, ob. cit., p. 223.

41 El caso al que se refiere la Corte Interamericana de Derechos Humanos es Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, sentencia de 7 de junio de 2003.

42 Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

43 Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

Derechos Civiles y Políticos; artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República⁴⁴.

Los alcances del debido proceso dicen relación con el aseguramiento del derecho a ser oído, la existencia de un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, el respeto a debidas garantías tales como el principio de contradicción y el principio de igualdad, el derecho a estar representado por abogado, plazos razonables, fallo razonado

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

44 Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

3°.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes. Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley.

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

y garantías especiales del inculpado como la presunción de inocencia, el derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección o uno proporcionado por el Estado, entre otros⁴⁵.

La presunción de inocencia, en particular, se encuentra reconocida en los Artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴⁶; artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁷; artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁸; artículo 19 N° 3 inciso séptimo de la Constitución Política de la República⁴⁹; artículo 4 del Código Procesal Penal⁵⁰.

La presunción de inocencia hace explícito el hecho de que el Estado no puede afectar Derechos Humanos sin que haya una justificación para ello⁵¹. Además, la presunción de inocencia puede ser entendida como una regla de trato, en el sentido que toda persona a quien se atribuya la comisión de un delito deberá ser tratada como inocente hasta el momento en que una sentencia judicial firme establezca su culpabilidad, e independientemente del grado de verosimilitud y gravedad de la imputación⁵².

Las obligaciones que surgen para el Estado, vinculadas al derecho al debido proceso y la presunción de inocencia, al igual que en el caso del derecho a la libertad, serían de respeto, en el sentido que el Estado no debe violar estos derechos, y también una obligación de garantía, ya que el Estado debe asegurar el goce y ejercicio del debido proceso y la presunción de inocencia, y también responder frente a eventuales violaciones de los mismos.

Los procedimientos policiales irregulares vulneran la obligación de respeto, en primer lugar y de manera obvia, por la invención de pruebas; pero

45 MEDINA, ob. cit., págs. 266-340.

46 Artículo 11.1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

47 Artículo 8.2. primera parte: 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

48 Artículo 14.2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

49 Artículo 19 N° 3 inciso 7°. La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

50 Artículo 4. Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.

51 MEDINA, ob. cit., p. 319.

52 MEDINA, Cecilia. "Derechos Humanos y aplicación de la Ley 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad". *En: Informes en Derecho*. Santiago, Chile, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 2013, p. 10.

también porque, desde el momento que se inventan pruebas en contra de una persona inocente, es factible pensar que esos antecedentes pueden ser utilizados, por ejemplo, para fundar una solicitud de autorización judicial para efectuar actuaciones del procedimiento que priven al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben⁵³, lo que implica una vulneración directa por parte de un agente estatal a las garantías mínimas del debido proceso. Ello en el contexto de una investigación que se realice de acuerdo a las normas del Código Procesal Penal. Más grave aún resulta la utilización de estos antecedentes en el contexto de investigaciones que se llevan adelante bajo las normas de la Ley N° 19.974 sobre el sistema de inteligencia del Estado, que en la práctica no contempla garantías para el imputado como las que establece el proceso penal ordinario, a pesar de exigirlo de manera expresa la propia ley⁵⁴, aspecto de suma relevancia, pero que excede los alcances del presente trabajo. El hecho de poder privar, restringir o perturbar derechos garantizados por la Constitución sin fundamento alguno, o más bien, con un fundamento falso, es evidentemente atentatorio contra el debido proceso y la presunción de inocencia. Por otra parte, en el entendido que la presunción de inocencia también es una regla de trato, cabe destacar que la existencia del procedimiento policial irregular en sí mismo, en los términos que ha sido definido, busca justamente criminalizar a una persona, por lo que difícilmente ésta será tratada como inocente. A este respecto, se puede añadir un razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha extendido los alcances de la presunción de inocencia no sólo al juzgamiento propiamente tal, sino a cualquier ámbito del proceso e incluso más allá de éste, manifestando en un caso que el haber exhibido a un afectado ante los medios de comunicación, vestido con un traje infamante, como autor del delito de traición a la patria cuando éste aún no había sido legalmente procesado ni condenado, también constituye una violación a la presunción de inocencia⁵⁵.

Por otra parte, si el Estado, luego de conocido un hecho de esta naturaleza, no investigara lo sucedido, también se estaría frente a un incumplimiento de una obligación de garantía, al no responder frente a la violación del derecho.

53 De conformidad a lo establecido en el artículo 9 del Código Procesal Penal.

54 En efecto, el artículo 34 letra c) de la referida ley establece:

El control interno será realizado por el Director o Jefe de cada organismo de inteligencia que integra el Sistema, quien será responsable directo del cumplimiento de esta ley. El control interno comprenderá, entre otros, los siguientes aspectos:

c) La adecuación de los procedimientos empleados al respeto de las garantías constitucionales y a las normas legales y reglamentarias.

55 MEDINA, Cecilia, *La Convención Americana*, ob. cit., p. 320.

3. Igualdad y no discriminación

Este derecho se encuentra reconocido en los artículos 1º, 2.1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁶; artículo 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁷; artículos 2.1, 4.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁸; artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁹; artículo 1º de la Constitución Política de la República⁶⁰.

56 Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.
Artículo 2.1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

57 Artículo 1.1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 24. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

58 Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 4.1 1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Artículo 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

59 Artículo 2.2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

60 Artículo 1. Inciso 1. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

En cuanto a sus alcances, la Convención Americana de Derechos Humanos contiene un catálogo de criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar. Su artículo 1.1 menciona los siguientes criterios prohibidos de discriminación: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social⁶¹.

Las obligaciones que surgen para el Estado en relación al derecho a igualdad y no discriminación, serían, en primer lugar, la de respetar, debiendo el Estado y sus agentes abstenerse de realizar cualquier conducta que implique una violación a este derecho. También se genera una obligación de proteger, que exige al Estado prevenir violaciones a este derecho por terceras personas. Finalmente, también se genera la obligación de garantizar o cumplir, que exige que el Estado tome medidas para garantizar que las personas bajo su jurisdicción estén en condiciones de ejercer y de gozar este derecho.

Los procedimientos policiales irregulares podrían vulnerar estas obligaciones. En primer lugar la obligación de respeto, si los procedimientos policiales irregulares se llevaran a cabo de manera sistemática respecto a un determinado grupo de personas, en consideración, por ejemplo, a su etnia. Si ello ocurriera, respecto al pueblo Mapuche, en el contexto de lo que se ha denominado “conflicto Mapuche” –entendiendo por tal los actos ejecutados como un medio de presión para la restitución de territorios ancestrales que les han sido arrebatados, principalmente en las regiones VIII, IX, XIV y X–, sería factible pensar que la discriminación y los prejuicios derivan del desconocimiento de la cultura Mapuche y de los orígenes del movimiento y su planteamiento reivindicativo, lo que traería como consecuencia la criminalización del conflicto mapuche⁶² y la consecuente vulneración de derechos por esta vía. La obligación de garantía, en tanto, podría verse afectada si el Estado no toma medidas para evitar que se produzca este tipo de situaciones, o si habiéndose producido, no hace nada por detenerlas o esclarecerlas.

Como se advirtió en el primer apartado de este trabajo, Nash observa acertadamente que la corrupción afecta al principio de igualdad y no discriminación al impactar desproporcionadamente sobre las personas que pertenecen a grupos en situación de discriminación, como pueblos indígenas,

61 DULITZKY, Ariel. “El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana” [en línea]. En: *Anuario de Derechos Humanos*, N° 3, 2007, p. 16. Disponible en: <https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13452> [fecha de consulta: 10 diciembre 2018].

62 DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. *Aspectos culturales de la defensa de imputados indígenas*. Santiago, Chile, Centro de documentación Defensoría Penal Pública, 2016, p. 121.

toda vez que no gozan de sus derechos de la misma forma que el resto de la sociedad y tienen menos capacidad de defenderse frente a abusos de poder, razón por la cual son víctimas fáciles de prácticas corruptas⁶³.

IV. La reacción estatal: escenario real versus escenario ideal

A continuación se analizará cuáles son las formas en que el Estado busca (o debiera buscar) evitar la vulneración de Derechos Humanos que producen los actos de corrupción, como son los procedimientos policiales irregulares, más allá de haber ratificado los Tratados Internacionales que reconocen los derechos antes enunciados, lo que sin duda es un paso relevante, pero insuficiente.

Se ha señalado en doctrina que, dado que los Derechos Humanos dan lugar a las referidas obligaciones de actuar, las omisiones pueden constituir una violación. Las medidas anticorrupción efectivas pueden considerarse como una vía para cumplir con la obligación positiva de garantizar. Sin embargo, las obligaciones de proteger los Derechos Humanos parecen ser todavía más relevantes que las obligaciones de cumplir. En principio, tales obligaciones están dirigidas a las tres ramas de gobierno: obligan al poder legislativo a promulgar leyes efectivas; al poder ejecutivo, a asumir medidas administrativas efectivas; y al poder judicial, a comprometerse con procesos legales efectivos⁶⁴.

1. Prevención

Lo deseable en primer lugar es que exista prevención, sanciones eficaces en el ámbito administrativo y normas de rendición de cuentas. Cualquier falta de integridad de la policía se ve facilitada por la oportunidad y la ausencia de consecuencias. La adopción de leyes y reglamentos firmes puede tener un efecto neutralizador y positivo a este respecto. En ese sentido, las leyes pertinentes deben establecer claros límites entre lo que es aceptable y lo que no lo es; definir exactamente la medida de los poderes de la policía y la forma en que deben aplicarse; establecer códigos de conducta detallados en todas las esferas de actividad policial; crear la presunción y el compromiso que las contravenciones de estos códigos estarán sujetos a sanciones; exigir el establecimiento de estructuras institucionales para la propagación, difusión y observancia de las normas profesionales; y dejar bien asentadas las consecuencias del incumplimiento de esas normas⁶⁵.

63 NASH, ob. cit., págs. 27-28.

64 PETERS, ob. cit., p. 15.

65 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, ob. cit., p. 6.

También es de importancia la medida en que la legislación nacional general suscriba los preceptos de los Derechos Humanos y de la lucha contra la corrupción. El Código de conducta de la ONU para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y las Directrices suplementarias proporcionan una base. Otras fuentes de orientación son el Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de Interpol, el Código de Ética de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y el Protocolo de las normas mundiales para combatir la corrupción en los servicios o fuerzas policiales y el Código europeo de ética policial del Consejo de Europa⁶⁶.

2. Persecución penal

En el ámbito de persecución penal, una forma de reacción inmediata es no utilizar la prueba proveniente de un procedimiento policial irregular, siguiendo lo dispuesto en el artículo 16 de las Directrices ONU sobre la función de los Fiscales, que establece:

“Cuando los fiscales tengan en su poder pruebas contra sospechosos y sepan o tengan sospechas fundadas de que fueron obtenidas por métodos ilícitos que constituyan una violación grave de los derechos humanos del sospechoso, especialmente torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes u otros abusos de los derechos humanos, se negarán a utilizar esas pruebas contra cualquier persona, salvo contra quienes hayan empleado esos métodos, o lo informarán a los tribunales, y adoptarán todas las medidas necesarias para asegurar que los responsables de la utilización de dichos métodos comparezcan ante la justicia”.

Por otra parte, también es necesario tener presente que los Tribunales podrían dar lugar a responsabilidad del Estado si, por ejemplo, decretan prisión preventiva con evidencias vagas o pruebas obtenidas ilegalmente, pues se trataría de una privación injusta de libertad⁶⁷.

3. Sanción penal

En cuanto a las obligaciones del Estado en materia de sanción, en materia penal resultaría deseable un tipo penal que recoja la gravedad de las conductas descritas, que no dé lugar a dudas interpretativas –como sí ocurre con algunos de los tipos penales que serán analizados en las páginas siguientes–, que tenga como sujeto activo a funcionarios públicos, que recoja las posibles hipótesis

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ IBARRA, Luis. “Responsabilidad del Estado por privaciones de libertad no resultantes en condena: hacia una reinterpretación de la legislación nacional”. En: *Revista de Estudios Ius Novum*, N° 7, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2014, p. 93.

en que un procedimiento policial se torna irregular, pudiendo tipificarse como un delito especial impropio, cuyo tipo penal base puede ser la obstrucción a la investigación, la denuncia calumniosa u otro, dependiendo de la modalidad y momento de comisión.

En ese contexto, en el ámbito nacional no existe una figura única que regule este tipo de situaciones, sino más bien una multiplicidad de tipos penales que pueden resultar aplicables, cada uno de ellos, con algunas dificultades que serán analizadas a continuación. Se hace presente que la lista presentada no es taxativa, y que no se efectuará un análisis exhaustivo de cada uno de los tipos penales –por exceder el objetivo central del presente documento–, sino más bien una referencia a sus complejidades interpretativas, a la luz de la doctrina y jurisprudencia existente en la materia.

a) Obstrucción a la investigación

El artículo 269 bis del Código Penal establece:

El que, a sabiendas, obstaculice gravemente el esclarecimiento de un hecho punible o la determinación de sus responsables, mediante la aportación de antecedentes falsos que condujeran al Ministerio Público a realizar u omitir actuaciones de la investigación, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de dos a doce unidades tributarias mensuales.

La pena prevista en el inciso precedente se aumentará en un grado si los antecedentes falsos aportados condujeran al Ministerio Público a solicitar medidas cautelares o a deducir una acusación infundada.

El tipo penal descrito no ofrece inconvenientes en los casos en que el hecho punible exista, y la irregularidad se traduzca en atribuir participación a una persona inocente. La dificultad interpretativa se hace presente cuando se trata de procedimientos completamente falsos, en que no ha existido hecho punible alguno.

En efecto, afirma parte de la doctrina que esta figura gira sobre el supuesto que se ha cometido previamente un delito⁶⁸ y la necesidad que exista un delito real previo marca una diferencia radical con los supuestos de simulación de delito, en los que también se distrae el accionar del aparato represor estatal, pero para la investigación de un delito inexistente. Esta última hipótesis –de acuerdo con los autores citados– resulta impune en nuestro medio.⁶⁹

68 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 280.

69 Ibid., p. 283.

La jurisprudencia, en tanto, sí ha sancionado como obstrucción a la investigación, casos en los que no ha existido delito alguno, y más bien se trata de un “invento”, muchas veces motivado por venganza. La particularidad es que en estos casos, quien ha “inventado” el delito ha sido un particular y no un funcionario público⁷⁰.

Dicho lo anterior, se estima relevante considerar ciertos aspectos para poder afirmar que en caso de “inventar” la existencia de un hecho punible, sea factible sancionar por el delito de obstrucción a la investigación:

Si el bien jurídico que se busca proteger es el correcto funcionamiento de la administración de justicia, sin lugar a dudas es mucho más grave inventar la existencia de un hecho punible y atribuir responsabilidad en él a una persona inocente, que simplemente aportar antecedentes falsos a un procedimiento existente. Por otra parte, de acuerdo a todo lo señalado en el presente trabajo, además de la administración de justicia, debiese considerarse el daño causado al afectado a consecuencia de la vulneración de Derechos Humanos originada en un procedimiento policial irregular. Una forma de recoger este criterio, sería a través de una adecuada aplicación del artículo 69 CP, lo que será analizado en los párrafos siguientes.

La jurisprudencia ha sancionado a particulares que han inventado la existencia de un hecho punible, como autores del delito de obstrucción a la investigación,

70 En ese sentido, la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, 5 de octubre de 2015, Rol Ingreso N° 1576-2015, rechaza el recurso de nulidad en contra de la Sentencia del Juzgado de Garantía de Talagante, que había condenado por obstrucción a la investigación a una mujer que había denunciado a su conviviente, quien estuvo sujeto a prisión preventiva por tres meses, y luego se desistió, afirmando haber denunciado hechos falsos. Respecto a la conducta típica, específicamente a los elementos del tipo objetivo, la sentencia referida se pronuncia al respecto y considera como obstrucción a la investigación el caso en que el hecho punible no existe, pero sí concurren elementos que fundadamente han hecho suponer a la Fiscalía que existe, lo que lleva al Ministerio Público a realizar actuaciones de investigación y a solicitar medidas cautelares. De manera similar, la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, 23 de noviembre de 2011, RUC N° 1001110480-6, RIT N° 273-2011, valora qué tan creíble es la denuncia efectuada, señalando que los antecedentes resultaron suficientes para establecer que la acusada indudablemente sabía que la denuncia efectuada era falsa, ya que ella misma era la presunta víctima de los hechos que narró en su oportunidad, a los que además les dio una atmósfera de credibilidad al justificar y hacer encajar las lesiones físicas que tenía, con su relato. En sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 12 de noviembre de 2016, RUC N° 1401064639-2, RIT N° 243-2016, estima el tribunal que existe obstrucción a la investigación toda vez que si el imputado no hubiese mentado a funcionarios de Carabineros, los presuntos responsables no hubiesen sido detenidos, ni se hubiese formalizado investigación, ni decretado medidas cautelares. Similar es el razonamiento en sentencia del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 31 de diciembre de 2010, RUC N° 0700480061-8, RIT N° 283-2010.

considerando que su conducta afecta igualmente el bien jurídico protegido. Debe tenerse presente que en términos generales, los particulares no están obligados a velar por la administración de justicia, ni son agentes del Estado obligados a respetar y garantizar Derechos Humanos tales como el debido proceso y la presunción de inocencia. En ese sentido, es evidente que es mucho más grave el actuar de un funcionario público en este contexto, que el mero actuar de un particular, por lo que conductas como la descrita no debieran quedar sin sanción. El tipo penal no recoge el desvalor agravado de la conducta cuando es cometida por un funcionario público. Sin embargo, puede aplicarse la agravante contemplada en el artículo 12 N° 8 CP, lo que será analizado en los párrafos siguientes.

Ahora bien, si los antecedentes aportados son documentos, se configura también un delito de uso malicioso de documento falso. Si se opta por dar aplicación al artículo 269 bis por principio de especialidad, se sancionaría con una pena menor el uso de documentos falsos que tenga por objeto obstruir una investigación, que su uso para otros fines, lo que es absolutamente cuestionable⁷¹.

La figura de obstrucción a la investigación también se asemeja a la de denuncia calumniosa; sin embargo esta última exigiría un acto formal (denuncia) que no exige la obstrucción. De acuerdo con Rodríguez y Ossandón, si se presentan antecedentes falsos en conexión con la denuncia, la figura aplicable sería la de denuncia calumniosa, porque ésta protege tanto la administración de justicia como el honor del ofendido. Sin denuncia, no existe concurso alguno, porque la denuncia calumniosa no ha llegado a configurarse⁷².

b) Denuncia calumniosa

El artículo 211 del Código Penal establece:

La acusación o denuncia que hubiere sido declarada calumniosa por sentencia ejecutoriada, será castigada con presidio menor en su grado máximo y multa de dieciséis a veinte unidades tributarias mensuales, cuando versare sobre un crimen; con presidio menor en su grado medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si fuere sobre simple delito, y con presidio menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si se tratare de una falta.

Para determinar si esta figura resulta aplicable a las situaciones descritas, debiera dilucidarse a lo menos:

71 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 292.

72 Ibid., págs. 292-293.

En primer lugar, si el sujeto activo puede ser el propio funcionario llamado a recibir las denuncias (Policía de Investigaciones, Carabineros, Gendarmería). En principio, pareciera que el tipo penal no realiza distinción alguna, por lo que sería posible contemplarlos como sujetos activos. Valga hacer presente que, al igual que en el caso de la obstrucción a la investigación, de no existir un tipo penal especial para funcionarios públicos, debiese darse aplicación a la agravante del artículo 12 N° 8 CP, para reflejar en cierta forma el desvalor de la conducta.

En segundo lugar, qué se entenderá por denuncia, es decir, si la comunicación efectuada al Ministerio Público, Carabineros, Policía de Investigaciones, Gendarmería o Tribunales, del conocimiento que se tuviere de la comisión de un hecho punible, debe revestir alguna formalidad o no (como por ejemplo, plasmarse en un informe).

En tercer lugar, si la referencia a “sentencia ejecutoriada” es estricta o es posible entender que también se refiere, por ejemplo, a la resolución que decreta el sobreseimiento definitivo.

c) Falsificación de instrumento público

El artículo 193 N° 4 Código Penal establece:

Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo el empleado público que, abusando de su oficio, cometiere falsedad:

4.º Faltando a la verdad en la narración de hechos sustanciales.

El único problema de aplicación de esta figura, es que se encuentra limitada a la existencia de un documento. Por otra parte, es posible que entre en concurso con otras figuras, tales como:

- Artículo 22 de la Ley Orgánica Constitucional de la Policía de Investigaciones:

Todo funcionario de Policía de Investigaciones de Chile que faltare maliciosamente a la verdad en los informes a sus superiores y particularmente en los partes enviados a los tribunales o a las autoridades administrativas, será castigado con arreglo a los artículos 206 y 207 del Código Penal.

- Artículo 367 N°5 del Código de Justicia Militar:

Será castigado con la pena de presidio o reclusión menores en sus grados medios a presidio o reclusión mayores en sus grados medios, el militar que, abusando de su cargo, cometiere alguno de los delitos siguientes: 5º Que, fuera de los casos comprendidos en los números anteriores, cometiere falsedad en cualquiera de las formas indicadas por el artículo 193 del Código Penal, en un documento referente al servicio de las instituciones armadas.

d) Falso testimonio

Artículo 206 del Código Penal:

El testigo, perito o intérprete que ante un tribunal faltare a la verdad en su declaración, informe o traducción, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso civil o por falta, y con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso penal por crimen o simple delito.

Tratándose de peritos e intérpretes, sufrirán además la pena de suspensión de profesión titular durante el tiempo de la condena.

Artículo 207 del Código Penal:

El que, a sabiendas, presentare ante un tribunal a los testigos, peritos o intérpretes a que se refiere el artículo precedente, u otros medios de prueba falsos o adulterados, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso civil o por falta, y con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso penal por crimen o simple delito.

Ambos tipos penales podrían tener aplicación en caso que el procedimiento irregular siguiera su curso y llegara a instancias en que se debe comparecer ante un tribunal.

e) Asociación ilícita

Artículo 292 del Código Penal:

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 hecho de organizarse.

Este tipo penal resultaría aplicable si en el caso concreto existe pluralidad de sujetos, objetivo común, permanencia en el tiempo y organización⁷³.

f) Artículo 43 inciso segundo de la Ley de Inteligencia

El funcionario de los organismos de inteligencia del Sistema que utilizare la información recopilada o elaborada por dichos organismos en beneficio propio o ajeno,

73 GAJARDO, Tania. “Elementos del tipo penal de asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal. Propuesta, análisis doctrinal y jurisprudencial”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 45, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2010, págs. 231-242.

en perjuicio de alguna persona, autoridad u organismo, o para ejercer presiones o amenazas, será sancionado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a máximo y la inhabilitación absoluta y perpetua para ejercer cargos públicos.

Es una figura que requiere algunos elementos adicionales, como la exigencia de beneficio propio, perjuicio a terceros o el ejercicio de presiones o amenazas (entendidos como hipótesis alternativas y no requisitos copulativos, a pesar que en casos como el estudiado es posible afirmar que existe beneficio propio para el funcionario policial, desde que obtiene réditos a partir del procedimiento policial irregular, y además existe un perjuicio para el afectado, derivado de las vulneraciones a los Derechos Humanos que ya se han descrito). De todas maneras se estima que podría ser aplicable, sobre todo porque la pena aparejada refleja el desvalor de este tipo de conductas. Además, es una figura genérica, que podría englobar cualquier conducta, como por ejemplo inventar un procedimiento a partir de antecedentes reales recopilados por los organismos de inteligencia.

g) Aplicación de agravantes y atenuantes de responsabilidad penal

Como se ha enunciado, no es posible equiparar la conducta de un particular con la de un agente estatal que debe velar por la protección y promoción de los Derechos Humanos. Considerando que en tipos penales como los contemplados en los artículos 269 bis y 211 del Código Penal no se encuentra reflejado el desvalor de la conducta cuando el sujeto activo es un funcionario público, sería deseable a lo menos la aplicación de la agravante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 12 N° 8 del Código Penal, que establece:

Son circunstancias agravantes:

8ª. Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

Adicionalmente, en caso de lograr acreditar que en un caso concreto, el delito –sea cual sea la calificación jurídica– se ha cometido motivado por la raza, etnia o grupo social al que pertenezca el afectado, sería posible invocar la aplicación de la agravante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 12 N° 21 del Código Penal, que establece:

Son circunstancias agravantes:

21ª. Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca.

En cuanto a las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, parece de toda lógica excluir la posibilidad de aplicar la reparación celosa del mal causado contemplada en el artículo 11 N° 7 del Código Penal, en consideración a la naturaleza y entidad del daño ocasionado al afectado.

Por otra parte, es posible dar una adecuada aplicación al artículo 69 del Código Penal, que establece:

Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

A efectos de interpretar este artículo, corresponde precisar que, si por ejemplo respecto de un afectado por un procedimiento policial irregular se decreta prisión preventiva, sería factible sancionar por el delito de obstrucción a la investigación, aplicando el inciso segundo del artículo 269 bis, que establece una sanción mayor. Pues bien, pudiera argumentarse por la defensa del funcionario policial que, en virtud del principio de *ne bis in ídem*, de acuerdo a lo establecido en el artículo 63 del Código Penal, no sería posible considerar esa circunstancia para luego aplicar el grado máximo de pena posible en virtud del artículo 69; sin embargo, el artículo 269 bis inciso segundo apunta a una circunstancia objetiva, que es el haber conducido a que el Ministerio Público solicite medidas cautelares, en cambio la extensión del mal producido por el delito puede asociarse a la vulneración de sus Derechos Humanos por parte de un agente estatal, y el consecuente daño que ello produjo, en su integridad, su libertad, su honra.

Así parece entenderlo la jurisprudencia en un caso, toda vez que al momento de determinar la pena se hace cargo de la gravedad de las consecuencias de haberse iniciado una investigación por un hecho punible inexistente, y señala: “Ahora bien, teniendo presente la extensión del mal producido por la acusada al realizar una denuncia falsa en que la entidad del delito imputado, consistente en robo con violación, que conlleva en el caso de condena la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado, esto es, abarca hasta la sanción más grave prevista en nuestra legislación, por el que se formalizó a dos personas, las que estuvieron privadas de libertad cuatro meses y medio, siendo uno de ellos menor de edad a esa fecha y conforme a lo señalado por F.G. y G.C., dicha situación los afectó psicológicamente, lo que era absolutamente esperable respecto de cualquier inocente que se encuentre privado de libertad, llegando incluso el segundo a tener que hacerse respetar en el CIP ya que fue objeto de malos tratos por parte de los otros internos, situación que nos habla de cómo se alteró la vida de estos dos individuos, e incluso de sus familias, conforme a sus propios relatos; a lo que debe sumarse el haber activado toda la red de persecución estatal, tanto de la Fiscalía, Carabineros, Policía de Investigaciones, como de los propios Tribunales de Justicia, situaciones que no pueden desconocerse”⁷⁴.

74 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, 23 de noviembre de 2011, RUC N° 1001110480-6, RIT N° 273-2011, considerando 11°.

h) Control de convencionalidad

Pues bien, habiendo determinado que no existe un tipo penal que regule exactamente la situación de los procedimientos policiales irregulares cuando se trata de hechos absolutamente inexistentes, o estableciendo que existe más de un tipo penal aplicable, al determinar que se está frente a vulneraciones de Derechos Humanos, debe aplicarse el control de convencionalidad, sin que ello implique, obviamente, infracción al principio de legalidad en su faz de tipicidad.

El control de convencionalidad tiene tres sentidos otorgados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- Control negativo o represivo: no aplicar el derecho nacional que sea contrario a la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Constructivo o correctivo: aplicar el derecho interno, pero adaptándolo a la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es decir, dar una interpretación diferente que salve la norma, pero que sea conforme a los estándares interamericanos. No se expulsa la norma del ordenamiento jurídico, sino que se armoniza en su interpretación.
- Medio de cumplimiento y debida implementación de la sentencia internacional: implica no solamente seguir la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también exige el cumplimiento íntegro de las sentencias en aquellos supuestos donde existe cosa juzgada internacional contra un Estado que fue parte material de un procedimiento internacional.⁷⁵

En el caso concreto, pareciera que el sentido aplicable es el segundo, y lo que se debe realizar es una interpretación armónica. Así, la doctrina ha afirmado que la sugerencia para la práctica jurídica no sería la de un cambio total de perspectiva, sino más bien la apertura de una adicional. La idea no es sustituir los esfuerzos anticorrupción tradicionales de Derecho Penal por estrategias basadas en Derechos Humanos, sino la de complementar aquéllos con éstas. La estrategia práctica resultante podría ser llamada incorporación mutua de la perspectiva de Derechos Humanos. La incorporación de los Derechos Humanos dentro de los

⁷⁵ LÓPEZ, Oliver. *Control de Convencionalidad*. Clase dictada en el marco del diplomado Derechos Humanos: Teoría y Práctica para el Ministerio Público, Universidad de Chile, 27 de julio de 2018.

esfuerzos anticorrupción significaría que el respeto de los Derechos Humanos sería una de las metas de la anticorrupción desde el principio. En la práctica legal, esto implicaría una interpretación de todos los delitos penales relacionados con la corrupción, de tal modo que se tomen en cuenta los Derechos Humanos. Sobre una base complementaria, todos los procedimientos de Derechos Humanos deberían ser incorporados en aquellos relativos al combate contra la corrupción⁷⁶.

Por lo tanto, lo que debiera realizarse es dar aplicación a los tipos penales existentes, con un enfoque de Derechos Humanos, que resuelva las dudas interpretativas que suscitan algunos de los tipos penales en circunstancias específicas, y que permita interpretar adecuadamente las circunstancias agravantes de responsabilidad penal que pueden ser aplicables, y excluir las atenuantes respectivas.

i) Legislar

Finalmente, en caso de no existir tipo penal que sancione las situaciones que pueden acaecer en el contexto de un procedimiento policial irregular, o de no ser posible el control de convencionalidad, sería deseable una modificación legal para sancionar dichas conductas, que fuese coherente con las exigencias internacionales. La creación de un tipo penal no es obligatoria en nuestro país, pudiendo efectuar una interpretación de los tipos penales existentes con un enfoque de Derechos Humanos, tal como ha sido sugerido.

V.- Conclusiones

1.- El concepto de corrupción es amplio, y para efectos de este trabajo se recogió la idea de abuso de poder, que tenga por objeto la obtención de provecho particular –no necesariamente pecuniario–. Por otra parte, la corrupción puede traducirse en una violación de Derechos Humanos de diversas formas, siendo ciertamente las actuaciones policiales irregulares una fuente de abuso de poder, y por ende, de corrupción, que puede vulnerar ciertos derechos, quizá de manera menos evidente y más remota, pero no por ello menos grave.

2.- Los funcionarios policiales son funcionarios públicos, y su actuación a través de procedimientos policiales irregulares implica apartarse de sus obligaciones, lo que se traduce en abuso de poder, y por ende, en actos de corrupción.

76 PETERS, ob. cit., p. 33.

3.- Los Derechos Humanos que en concreto se vulnerarían a través de este tipo de actuaciones, son la libertad, el debido proceso y presunción de inocencia, y el principio de igualdad y no discriminación.

4.- La reacción estatal debe abordar a lo menos tres aristas: prevención, persecución penal y sanción. En el ámbito de la sanción penal, se ha podido observar que a pesar de no existir un tipo penal que abarque todas las hipótesis a las que puede dar lugar un procedimiento policial irregular, existe una serie de tipos penales que pueden resultar aplicables. Lo sugerido es, por tanto, dar aplicación a esos tipos penales, con un enfoque de Derechos Humanos, que permita resolver las dudas interpretativas sin vulnerar el principio de legalidad y que abogue por la aplicación de las circunstancias agravantes de responsabilidad penal que pueden ser aplicables, excluyendo las atenuantes respectivas.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN TRÁFICO ILÍCITO DE
ESTUPEFACIENTES Y
SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

EL AGENTE REVELADOR DE LA LEY 20.000: BREVE RESEÑA A LA LUZ DE RECIENTES FALLOS DICTADOS POR TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE NUESTRO PAÍS

Álvaro Pérez d'Alençon¹

Consideraciones preliminares

Como bien sabemos, la figura del agente revelador se encuentra regulado en el artículo 25 de la Ley N° 20.000. En la citada disposición, se lo define de la siguiente forma:

“Agente revelador es el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga”.

Desde ya, es posible advertir que el principal objetivo en la utilización de agentes reveladores es recopilar evidencias que permitan establecer la existencia de sustancias prohibidas, y de esta forma, conseguir la revelación del delito y la posterior incautación de la droga.

Esta técnica especial de investigación resulta de gran utilidad en casos de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, ya que con este método, se posibilita la obtención de testimonios sobre la conducta de traficar, que de otra manera, sería de difícil acreditación en juicio.

Pese a su evidente utilidad investigativa, la doctrina ha sostenido una visión crítica respecto de esta técnica de investigación, puesto que resulta natural preguntarse hasta qué punto es legítimo que el Estado busque revelar una actividad delictiva sin provocar la misma. Esta situación que se torna más compleja cuando observamos posibles violaciones de garantías constitucionales o la proscripción de la responsabilidad penal de los agentes estatales en el caso de que incurran en delitos para efectos de cumplir con su objetivo².

1 Abogado asesor, Fiscalía Regional de Aysén, Ministerio Público.

2 Sobre este punto puede consultar: POLITOFF, Sergio. “El agente encubierto y el informante infiltrado en el marco de la Ley N° 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”. En *Gaceta Jurídica*. N° 203. Santiago, Chile, Lexis Nexis, 1997. También puede consultar: RIQUELME, Eduardo. “El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo” [en línea]. En: *Política Criminal*. N° 2, A2. Santiago, Chile, Universidad de Talca, 2006. Disponible en: http://politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf].

El cuestionamiento se produce desde el momento en que el Estado, procurando la detección de delitos y la detención de sus partícipes, utiliza a sus agentes para la realización de las conductas típicas que precisamente se quieren evitar, transitando desde su rol puramente revelador hacia transformarse en un agente provocador del hecho típico.

Legitimidad de la institución

La técnica del agente revelador fue incorporada en nuestra legislación a partir de la dictación de la Ley 20.000, el 16 de febrero de 2005. Con anterioridad, y conforme a la regulación de la Ley N° 19.366, solamente se consideraban las figuras del agente encubierto y del agente informante, definiendo especialmente la función de cada uno. El legislador de la época no hizo referencia alguna al agente revelador, por lo que su utilización se justificó como una acción más desarrollada por un agente encubierto para el cumplimiento de su función. Es lo que “antes de esta última reforma legal denominábamos *agente pseudo encubierto*, esto es, funcionarios policiales que, ocultando su calidad de tales, realizaban conductas de *pseudo compra minorista* o averiguaciones acerca de la ubicación de las personas que venden, cultivan, o trafican estupefacientes en sentido amplio”.³

La falta de regulación normativa antes descrita, en numerosas ocasiones llevó a nuestros tribunales de alzada a aceptar las críticas doctrinales vertidas en contra de esta técnica de investigación. En este sentido, sostenían que el agente policial instigaba al traficante –de pequeñas cantidades– para que se consumase la venta de la droga, actuando en consecuencia, como autor de dicho delito, puesto que forzaba o inducía directamente a otro a ejecutarlo.

Los tribunales planteaban que la sola efectividad policial de la medida no era suficiente para legitimar el actuar ilícito del agente. En consecuencia, el *agente provocador* podría actuar válidamente sólo en la medida que ejecutase conductas dirigidas a controlar la organización criminal investigada, conforme a la legislación vigente de aquel entonces, puesto que de otro modo, el condenar la criminalidad que uno de los agentes estatales ha instigado vulneraría la legitimidad de un estado de derecho.

En este sentido, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago resolvió:

“Que el inciso 2° del artículo 34 de la ley N° 19366 entiende por “agente encubierto”, “al funcionario policial que, debidamente autorizado por sus

3 MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ M^a Cecilia. Manual de Derecho Penal Chileno. Parte especial. Tirant Lo Blanch. Valencia. España. 2017. p. 390.

superiores, oculta su identidad y se involucra o introduce en las organizaciones delictivas, simulando ser parte de ellas o estar interesado en la comisión del delito que se investiga, con el propósito de identificar a los partícipes o recoger las pruebas que servirán de base al proceso penal”; la doctrina lo denomina “agente provocador” o “copartícipe simulado” pues se trata de quien, fingiendo estar de acuerdo con las personas sospechosas de ser traficantes de drogas, las mueve a cometer dichas acciones delictivas, con la intención de impedir su consumación una vez comenzada su ejecución para poner a los autores a disposición de la justicia con las pruebas obtenidas de las mismas. [...]

Ahora bien, tal técnica policial ha derivado, en la práctica, en la simple investigación y ubicación de portadores de escasas cantidades de drogas –“microtráfico”– que instigados por el agente policial le venden directamente una dosis de alcaloide, de modo que hasta puede estimarse que el agente encubierto realiza un acto de instigación punible a tenor del artículo 15 N°2 del Código Penal, en cuanto considera autores a “Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo”. Sin embargo, no es materia de análisis del fallo en estudio la exención de responsabilidad penal del referido agente inductor. [...]

Si se examina detenidamente el precepto de la ley N° 19.366 puede advertirse que pretende impedir la consumación de delitos de tráfico de drogas; en cambio, en el caso de autos, no consta que el procesado, empleado particular, 24 años de edad, sin antecedentes penales, formara parte de una organización que pretendía en un futuro próximo traficar cantidades importantes de droga, por lo cual desde ese punto de vista tal acción no resulta ser la pensada por el legislador.

Por el contrario, por las solas razones de efectividad policíaca no puede un Estado de Derecho dar legitimidad a facultades ilícitas. Según un tratadista español (Rubén de Marino, citado por Sergio Politoff, “El agente encubierto...”, Gaceta N° 203, pág.15) “la más elemental sensibilidad por los valores constitucionales debiera conducir a la prohibición de tales medios, aunque la Constitución no se refiera expresamente a ello”. Para evitarlo debieran quedar impune tanto el hecho del agente provocador como el hecho del provocado, ya que la actividad del policía instigador serviría sólo para perseguir hechos anteriores del delincuente inducido y para prevenir los peligros futuros de la acción de éste último.

En consecuencia, la única forma de delimitar la esfera de la actividad del agente provocador está en distinguir entre las conductas dirigidas a controlar la organización criminal misma, en cuyo seno se introduce el agente policial, y las acciones de microtráfico incidental que él mismo efectuó, respecto de quien representaría, a lo más, un peligro abstracto basado en una conducta “anticipada”, cual es “portar” drogas. [...]

Que, en el caso de autos, en consecuencia, no es posible reconocer a la actitud del “agente encubierto” la capacidad legal para forzar una conducta de tráfico por parte del procesado, quien le hace entrega de cuatro papelillos, puesto que de aceptarse, se estaría vulnerando, de manera rotunda, la legitimidad de un Estado de Derecho, condenando la criminalidad que uno de sus agentes ha generado. Preciso es decidir, entonces, que en el caso sublite se indujo a la perpetración del ilícito”⁴.

Lo cierto es que la dictación de la Ley N° 20.000 despejó los cuestionamientos de la figura del agente *revelador* o *provocador*, gracias a la regulación de esta técnica de investigación. Ello, trajo consecuentemente un cambio de los criterios jurisprudenciales, asentándose la legitimidad de la institución.

Para nuestro máximo tribunal, la utilización del agente revelador no impide el resguardo –como garantía constitucional– de que la decisión jurisdiccional ha de basarse en un debido proceso previo, racional y justo; en la medida que la regulación del debido proceso está entregada al Legislador. De aquella manera, corresponde al Código Procesal Penal y específicamente a la Ley N° 20.000, establecer los resguardos necesarios para la adecuada y correcta utilización de esta técnica.

Veamos el siguiente fallo:

“En cuanto al debido proceso, esta Corte ha señalado en forma consistente que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo, legalmente tramitado y al efecto el artículo 19 N°3, inciso 6° de la Carta Fundamental confiere al legislador la misión de definir las condiciones de un procedimiento racional y justo. Sobre tales presupuestos, se ha convenido que el debido proceso lo constituyen una serie de resguardos a través de los cuales se procura, a vía ejemplar, que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan impugnar las resoluciones con las que no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas. (C.S, rol 6902–2012, rol 6250–2014, entre otras). En ese contexto, la judicatura tiene la misión de velar por el respeto de los derechos fundamentales a través de los diferentes sistemas de control, preventivos o correctivos, que prevé el Código Procesal Penal.

Sin embargo, en la especie, la pretendida infracción al debido proceso parte de un supuesto fáctico que no se ajusta a los hechos establecidos en

4 ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 22 de marzo de 2002, ROL 69.012-1998. Sentencia pronunciada por los Ministros de la 8ª sala Sra. Sonia Araneda, Sres. Jorge Dahm y Mauricio Silva.

la causa. En efecto, como se dijo, la sentencia impugnada fijó como una circunstancia acreditada, que el agente encubierto que participó en la investigación que permitió develar la comisión de los ilícitos por los que se condenó al recurrente, se encontraba “debidamente autorizado y controlado”, especificando que contaba con autorización para grabar y filmar y que dicha técnica investigativa se autorizó en el contexto de la ley 20.000”⁵.

Si bien la figura del agente revelador cuenta con el suficiente amparo legal para su utilización, no debemos olvidar que su validez en juicio dependerá del apego normativo de las agencias estatales, quienes deberán procurar que la actuación del funcionario policial –y excepcionalmente de un particular– se desarrolle previa autorización del Ministerio Público, con miras de evidenciar u obtener pruebas de un delito ya cometido o de continua ejecución, del cual, atendida su naturaleza, característica y forma de comisión, resulta de difícil prueba por otros medios.

Principales requisitos para su lícita utilización

Conforme a la disposición del artículo 25 de la Ley N° 20.000, el Ministerio Público podrá autorizar a funcionarios policiales para que se desempeñen como agentes reveladores. La Corte Suprema ha entendido que esta autorización es un requisito indispensable. En efecto, ha resuelto lo siguiente:

“El artículo 25 del texto legal citado faculta al Ministerio Público para autorizar a funcionarios policiales a que se desempeñen como agentes reveladores, refiriendo que actúa en tal calidad “el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga”.

Ese funcionario policial sólo puede actuar previa autorización del Ministerio Público y en la forma que lo indica el artículo indicado”⁶.

En nuestra opinión, la autorización puede ser dada por cualquier fiscal del Ministerio Público, atendido el principio de unidad de acción consagrado

5 EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA, 27 de febrero de 2018, Rol 45.630-2017. Sentencia pronunciada por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller, Sra. Andrea María Muñoz, Sres. Carlos Cerda, Manuel Antonio Valderrama y Jorge Dahm.

6 EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA, 6 de junio de 2018, Rol 6.220-2018. Sentencia pronunciada por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica, Lamberto Cisternas, Sra. Andrea Muñoz, Sres. Carlos Cerda y Jorge Dahm.

en el artículo 2 de la Ley Orgánica Constitucional de la institución, la cual dispone: “El Ministerio Público realizará sus actuaciones procesales a través de cualquiera de los fiscales que, con sujeción a lo dispuesto en la ley, intervenga en ellas”.

Corresponde que esta autorización sea efectuada oportunamente, y ello se cumple en la medida que sea expedida con anterioridad a la práctica de diligencia, dejándose registro de ello en la carpeta de investigación fiscal. En este sentido se ha resuelto:

“Que en este escenario, los agentes policiales ejecutaron una compra de stupefacientes de acuerdo a la ley, porque la autorización para actuar en calidad de agente revelador fue requerida oportunamente, otorgada en forma previa a la transacción y finalmente registrada, como garantía de publicidad de las actuaciones, quedando en todo momento a salvo los derechos de la defensa, manifestación de esto es el hecho que en las instancias procesales previas al juicio haya impugnado la misma supuesta omisión de registro que ahora ventila por el recurso de nulidad, de manera que el procedimiento subsecuente ha sido desarrollado de acuerdo a la legalidad vigente”.

La forma del registro no ha sido regulado específicamente por el Legislador, por lo cual, resultan aplicables en la materia las normas generales contempladas en el Código Procesal Penal. Entonces, y conforme al artículo 227 del Código Procesal Penal, dicho registro deberá constar en algún medio idóneo que garantice la fidelidad, integridad y acceso a la información en que en ella se contiene.

De hecho, se ha pretendido que existe una falta de registro de la autorización para la utilización de la técnica investigativa de agente encubierto y revelador, cuando se ha señalado ella en el parte policial incorporado en la carpeta de investigación. Sobre este tópico conviene destacar los siguientes pronunciamientos:

“Que a este respecto sostiene el fallo que los funcionarios de Carabineros consignaron en el Parte Policial la autorización obtenida de parte del fiscal, “cumpliéndose así con el deber de registro ordenado por ley, como garantía de publicidad de las actuaciones, lo que fue cumplido a cabalidad con el registro efectuado por los policías, manifestación de esto es el conocimiento que de dicho documento tenían los defensores, por estar incluido en la carpeta investigativa”.

7 EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA, ob. cit., ROL 6.220-2018.

En efecto y tal como fue explicitado por el Ministerio Público, la ley no señala una forma particular de registro de las actuaciones investigativas, pero es indispensable que en forma oportuna sean puestas en conocimiento de la persona que pudiere verse afectado por ellas por algún medio que permita interiorizarse de lo actuado y que permita garantizar la fidelidad e integridad de la información así como el acceso a la misma de quienes de acuerdo a la ley, tiene derecho a exigirlo, lo que en este caso sucedió con la incorporación a los antecedentes de la investigación del Parte Policial, el que puso en conocimiento de los intervinientes el nombre del fiscal que autorizó la diligencia, el día y hora en que debía practicarse y las facultades que se le entregaban a los funcionarios de Carabineros”⁸.

“Que, ahora bien, lo precedentemente expuesto resulta relevante, por cuanto importa que desde el origen mismo de esta rama o arista de la investigación, que involucra a los imputados V. y A., sus defensas estuvieron en conocimiento de la existencia de una orden, y su constancia, del Ministerio Público para la actuación del agente encubierto, a pesar de lo cual no han siquiera insinuado que durante el transcurso de la averiguación hayan solicitado como diligencia, de acuerdo con el artículo 183 del Código Procesal Penal, que se acompañe a la carpeta dicha orden o una copia de la misma o que, de haberse desechado dicha petición por el Ministerio Público durante el período de las pesquisas, hubiesen impetrado la reapertura de la investigación conforme al artículo 257 de la misma recopilación con el fin que se cumpla en el término que fije el juez de garantía. Tampoco han manifestado que hubiesen requerido, en virtud del artículo 260 del Código Procesal Penal, que el Ministerio Público, como incidente previo a la celebración de la audiencia de preparación del juicio oral, incidente que se torna habitual en este procedimiento, adjunte la totalidad de los antecedentes fundantes de la acusación, en particular, la orden N° 18 aludida en el parte policial”⁹.

Respecto de la oportunidad del registro, sabemos que ello debe ocurrir tan pronto como fuere posible, conforme a la disposición del artículo 277 del Código Procesal Penal. En relación a ello, la delimitación temporal de dicho plazo es una tarea que queda entregada al juez, conforme a los antecedentes de la investigación, analizando el grado de afectación a la garantía de publicidad de las actuaciones. En efecto, la Corte Suprema ha resuelto:

- 8 EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA, 9 de diciembre de 2015. ROL N° 19.264-2015. Sentencia pronunciada por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch, Carlos Künsemüller, Jorge Dahm y los abogados integrantes Sra. Leonor Etcheberry y Sr. Arturo Prado.
- 9 EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA, 30 de octubre de 2017, ROL N° 38.694-2017. Sentencia pronunciada por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica, Lamberto Cisternas, Manuel Valderrama, Jorge Dahm y el Abogado Integrante Sr. Jaime Rodríguez.

“En lo que concierne al registro tardío de la constancia de la autorización otorgada por el fiscal para que actuara un agente revelador, en los términos aludidos en el artículo 227 del Código Procesal Penal, ello no parece tener mayor trascendencia, por cuanto la constatación efectuada al día siguiente de otorgada –que fue acompañada como prueba por la defensa en el juicio– igualmente le permitió ejercer todos los derechos para cautelar sus garantías procesales en tiempo y forma, ora en la audiencia de control de detención, ora en la preparatoria y de juicio.

Huelga insistir que la nulidad pasa por la indefectible trascendencia procesal de un defecto, que como se aprecia, no es el caso”¹⁰.

Ahora bien, sobre esta autorización la defensa ha planteado la necesidad de que el fiscal determine e individualice a la persona que actuará como agente revelador, reclamando frente a designaciones genéricas o en cuyo caso se delega en la policía el nombramiento específico del agente. En este punto, se ha resuelto que:

“Sin embargo, aún en el evento que éste [el fiscal] sólo hubiese dispuesto el uso de la técnica del agente revelador, sin nominarlo, la exigencia habría de tenerse por satisfecha con la delegación de ese cometido a uno de los funcionarios que participó del procedimiento que él tutelaba, siendo irrelevante, en un universo tan acotado de sujetos, la designación con nombre y apellido del funcionario cometido –como lo pretende la objeción–”¹¹.

En efecto, la Corte Suprema ha declarado que no existe en la especie un abandono o delegación de facultades del órgano persecutor, en la medida que es la policía quien está en condiciones más adecuadas para discernir acerca de la idoneidad y preparación del agente, no alterándose de esta forma la dirección de la investigación que cabe constitucionalmente al Ministerio Público. En este punto, la Segunda Sala ha concluido que:

“Que, asimismo, no se advierte el por qué la interpretación realizada en la sentencia y que el arbitrio ataca importaría falta de justicia y racionalidad en la investigación y, por ende, una infracción a la garantía de un justo y racional procedimiento. Al contrario, es la policía quien está en condiciones más adecuadas para discernir acerca de la idoneidad y preparación del agente.

10 EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA. ob. cit. ROL 145-2017.

11 EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA. Sentencia pronunciada por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller, Haroldo Brito, Lamberto Cisternas, Sra. Andrea Muñoz y el Sr. Carlos Cerda. 28 de febrero de 2017. Rol 145-2017.

De este modo, lo aquí planteado no genera alteración alguna a la dirección de la investigación que el Ministerio Público ostenta, lo que además demuestra que no se ha desconocido la normativa constitucional que pone exclusivamente sobre la Fiscalía la conducción de las pesquisas”¹².

En cuanto al contenido de la autorización, es menester indicar que en ella no es necesario proceder a una fundamentación sobre la pertinencia o suficiencia de la medida, puesto que se trata de una diligencia de investigación para el ejercicio de la acción penal, y como tal, corresponde al Ministerio Público ponderar su utilización. Con relación a ello, se ha señalado que:

“Que, en ese contexto, cabe analizar, en primer término, si la determinación de usar la técnica de agente revelador cumplió con las reglas legales sobre su otorgamiento, para lo cual cabe recordar que en el caso concreto, el fiscal autorizó el uso de la referida técnica, sobre la base del relato de la policía respecto de denuncias anónimas obtenidas por distintas fuentes, dando características del lugar y sujeto que se dedicarían a la venta de drogas.

Tal como se puede advertir al examinar la normativa que regula esta materia, la decisión de utilizar este medio de indagación no contiene las exigencias que el recurso reclama. En efecto, no se trata de una resolución judicial, y por ello no le es aplicable la regla del artículo 36 del Código Procesal Penal, que ordena fundamentar sus decretos a la judicatura. Por el contrario, se trata de una diligencia de investigación ordenada por el ente persecutor en el ejercicio de la acción penal, y por ello no es pertinente discutir, al menos por esta vía, la entidad o suficiencia de los elementos tenidos a la vista para disponer tal medida, como tampoco lo es la falta de las precisas menciones cuestionadas por el recurrente, por una parte, porque el artículo 25 de la ley 20.000 no exige la concurrencia de determinadas circunstancias para designar un agente revelador, y por la otra, porque la misma ley lo faculta a omitir cierta información de los individuos que ejecutan estas técnicas, tanto para su protección como para asegurar el éxito de la indagatoria. Así las cosas, la designación de agente revelador por parte del Ministerio Público se realizó con apego a la ley, por lo que dicha actuación no ha transgredido el derecho al debido proceso del acusado”¹³.

12 EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA. Sentencia pronunciada por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica, Carlos Künsemüller, Haroldo Osvaldo Brito, Lamberto Cisternas y Jorge Dahm. 29 de marzo de 2017. ROL 4.723-2017.

13 EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA, 23 de agosto de 2016, ROL 41.055-2016. Sentencia Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica, Carlos Künsemüller, Haroldo Brito, Jorge Dahm y el Ministro Suplente Sr. Julio Miranda.

La regla general contenida en el artículo 25 de la Ley N° 20.000, establece que serán los funcionarios policiales los que actuarán como agentes reveladores. Sin embargo, existe la posibilidad de que otros funcionarios públicos adopten tal calidad, atendida la naturaleza de sus funciones y el lugar donde se desarrolla la actividad delictual. En este contexto, es perfectamente lícito que funcionarios de Gendarmería de Chile actúen como agentes reveladores en investigaciones desarrolladas al interior de los centros de detención. En efecto, la Segunda Sala del máximo tribunal ha resuelto:

“En cuanto al reproche que se formula a la labor desarrollada por una unidad especial de Gendarmería de Chile, que carecería de facultades investigativas, basta citar lo estatuido en el artículo 79 inciso final del Código Procesal Penal, según el cual, sin perjuicio del carácter auxiliar del Ministerio Público que tienen la Policía de Investigaciones de Chile y Carabineros, “... tratándose de investigaciones de hechos cometidos al interior de establecimientos penales, el ministerio público también podrá impartir instrucciones a Gendarmería de Chile,...”, disposición que echa por tierra cualquier cuestionamiento al trabajo investigativo realizado por esa institución, ya sea directamente o en colaboración con la policía civil, siempre bajo el control del órgano persecutor”¹⁴.

Si bien el fallo aludido hace referencia al agente informante, la similar regulación de dicha técnica posibilita que dicho raciocinio sea perfectamente aplicable a la técnica en estudio.

Conclusiones

Conforme a los fallos analizados y transcritos en esta breve reseña, podemos concluir que la técnica del agente revelador cuenta con suficiente asidero normativo, conforme a su regulación en el artículo 25 de la Ley N° 20.000.

Sin embargo, para su utilización legítima resulta indispensable que exista previamente una autorización por parte del Ministerio Público. Dicha decisión de quedar plasmada en la carpeta de investigación fiscal, utilizándose algún medio idóneo que garantice la fidelidad, integridad y acceso a la información contenida en ella.

En cuanto a su procedencia, corresponde al Ministerio Público ponderar su utilización, toda vez que se trata de una diligencia de investigación que permitirá el adecuado ejercicio de la acción penal. En este sentido, no resulta necesario justificar su plausibilidad.

14 EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA, ob. cit., Rol 45.630-2017.

En su rol investigador, corresponde al Ministerio Público conceder esta autorización a la policía, quienes podrán proceder a la individualización del funcionario, sin que ello importe el abandono de facultades por el ente persecutor, toda vez que es la policía quien está en condiciones más adecuadas para discernir acerca de la idoneidad y preparación del agente.

Fallos consultados

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 22 de marzo de 2002. ROL 69.012-1998. Sentencia pronunciada por los Ministros de la 8ª sala Sra. Sonia Araneda, Sres. Jorge Dahm y Mauricio Silva.

EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA. 9 de diciembre de 2015. ROL N° 19.264-2015. Sentencia pronunciada por la Segunda Sala integrada por los Ministros Hugo Dolmestch, Carlos Künsemüller, Jorge Dahm y los abogados integrantes Sra. Leonor Etcheberry y Sr. Arturo Prado.

EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA. 23 de agosto de 2016. ROL 41.055-2016. Sentencia Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica, Carlos Künsemüller, Haroldo Brito, Jorge Dahm y el Ministro Suplente Sr. Julio Miranda.

EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA. 28 de febrero de 2017. Rol 145-2017. Sentencia pronunciada por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller, Haroldo Brito, Lamberto Cisternas, Sra. Andrea Muñoz y el Sr. Carlos Cerda.

EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA. 29 de marzo de 2017. ROL 4.723-2017. Sentencia pronunciada por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica, Carlos Künsemüller, Haroldo Osvaldo Brito, Lamberto Cisternas y Jorge Dahm.

EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA. 30 de octubre de 2017. ROL N° 38.694-2017. Sentencia pronunciada por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica, Lamberto Cisternas, Manuel Valderrama, Jorge Dahm y el Abogado Integrante Sr. Jaime Rodríguez.

EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA. 27 de febrero de 2018. Rol 45.630-2017. Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller, Sra. Andrea María Muñoz, Sres. Carlos Cerda, Manuel Antonio Valderrama y Jorge Dahm.

EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA. 6 de junio de 2018. Rol 6.220-2018. Sentencia pronunciada por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica, Lamberto Cisternas, Sra. Andrea Muñoz, Sres. Carlos Cerda y Jorge Dahm.

UNIDAD DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL Y
EXTRADICIONES

COMENTARIOS A UNA SENTENCIA QUE RESUELVE UN RECURSO DE NULIDAD Y APELACIÓN SUBSIDIARIA, EN MATERIA DE EXTRADICIÓN PASIVA

Álvaro Hernández Ducos¹

I. INTRODUCCIÓN

Entre octubre de 2017 y marzo de 2018 tuvo lugar un proceso de extradición pasiva, a solicitud del Reino de los Países Bajos (Holanda), para el juzgamiento del ciudadano chileno Richard Riquelme, alias “Rico”, quien era buscado por varios delitos graves cometidos en ese Estado.

Esta causa fue bastante compleja por diversas razones: la extradición era requerida por un Estado con el cual no tenemos un tratado específico en esa materia; era la primera vez que tenía lugar un pedido de extradición entre estos Estados; toda la documentación original se encontraba en idioma holandés, con traducción al español; la persona requerida tenía nacionalidad chilena, lo cual podía llevar a su juzgamiento en nuestro país; el desarrollo de la investigación holandesa se había hecho conforme a las normas procedimentales de ese Estado, las que no coinciden o son derechamente distintas a las nuestras; etc.

II. PRESENTACIÓN DEL CASO

La causa inició como una solicitud de detención previa con fines de extradición y fue asignada al Ministro Sr. Manuel Valderrama Rebolledo, como Instructor, bajo el Rol de la Corte Suprema N° 41.450-2017. Sin embargo, la primera resolución relevante, aquella que ordenó la detención previa del requerido, fue dictada por el Sr. Milton Juica, actuando como Ministro Subrogante.

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

Durante todo el procedimiento de extradición, la persona requerida estuvo privada de libertad.

Los delitos que se le imputaban y por los cuales se solicitaba la extradición eran cuatro: tráfico ilícito de drogas (cocaína), lavado de activos, pertenencia a una organización criminal y posesión de armas ilegales. En la presentación holandesa se sostenía que Richard Riquelme era el líder de una banda criminal que operaba en Europa, llevando cocaína desde Colombia y que la mayor parte del tiempo vivía en Abu Dhabi (Emiratos Árabes Unidos). Y que el producto de esos negocios ilícitos eran lavados o blanqueados en distintos negocios de apariencia lícita en estos últimos dos países, principalmente en negocios inmobiliarios.

Al no existir un tratado específico de extradición entre Chile y el Reino de los Países Bajos, este Estado invocó la Convención de Palermo en contra del Crimen Organizado Transnacional (2000) y la Convención de Viena en contra del Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988), ambos tratados multilaterales suscritos en el seno de las Naciones Unidas por ambos países. Estos instrumentos internacionales definen y regulan esas figuras delictivas, y ambas tienen normas que favorecen la cooperación internacional en materia penal en la investigación y persecución de estos delitos, así como la extradición.

El 9 de enero de 2018 tuvo lugar la audiencia de extradición, prevista en el artículo 448 del Código Procesal Penal, en la cual la defensa aportó abundantes medios de prueba para intentar destruir la evidencia aportada por Holanda, tales como documentación emanada de diversos países, declaraciones de testigos y peritos.

El 15 de enero de 2018 el Sr. Ministro Instructor dictó sentencia, concediendo la extradición de Richard Riquelme para ser juzgado en el Reino de los Países Bajos por los cuatro delitos antes mencionados, manteniendo su prisión preventiva hasta la entrega material a los representantes del Estado requirente.

Dentro del plazo legal, la defensa privada del encartado presentó un recurso de nulidad y una apelación en subsidio. En cuanto al recurso de nulidad, la defensa invocó como causal principal la prevista en el artículo 373 a) del Código Procesal Penal, por infracción al debido proceso y el derecho a la libertad personal, y como causal subsidiaria el motivo absoluto previsto en el artículo 374 e). En cuanto a la apelación, solicitó el rechazo de la extradición por el no cumplimiento de lo dispuesto en las letras b) y c) del artículo 449 del Código Procesal Penal; y en forma subsidiaria, el juzgamiento de los delitos en nuestro país, habida cuenta de la nacionalidad chilena del imputado.

A estos recursos se les asignó el **Rol de Corte N° 1174-2018** y quedaron radicados en la Sala Penal de la Corte Suprema (2ª Sala). El Ministerio Público presentó el escrito de observaciones de estilo, solicitando se declarara inadmisibles los recursos de nulidad por razones de forma y fondo y en definitiva la vista de la causa tuvo lugar el 14 de febrero de 2018, siendo presidida la Sala Penal por el Sr. Carlos Künsemüller y siendo integrada por los Ministros Carlos Cerda, Jorge Dahm, Andrea Muñoz y Juan Muñoz (suplente). No pudieron participar el Presidente titular Sr. Milton Juica y el Ministro Manuel Valderrama, por cuanto habían dictado resoluciones durante el desarrollo del procedimiento.

La resolución final de la Corte Suprema, rechazando el recurso de nulidad y confirmando la sentencia apelada fue pronunciada el **6 de marzo de 2018**. La Sala Penal rechazó en forma unánime todas las causales de nulidad invocadas, así como las argumentaciones que fundaban el recurso de apelación. Sólo respecto del motivo absoluto de nulidad contemplado en el artículo 374 letra e), referido a la valoración de la prueba, hubo votos disidentes, de parte de los Ministros Carlos Cerda y Andrea Muñoz.

III. COMENTARIOS

En este trabajo haremos breves comentarios y explicaciones de las materias específicas de extradición que fueron debatidas por las partes y resueltas por la Sala Penal de la Corte Suprema, todas por unanimidad, por cuanto constituyen sin duda una valiosa jurisprudencia sobre este especial mecanismo de cooperación penal internacional.

No nos referiremos a la única causal que tuvo votación dividida, pues es de naturaleza general (valoración de la prueba) y no guarda relación con las materias específicas de la extradición².

2 El **voto de mayoría**, señala en su conclusión para desestimar el motivo absoluto de nulidad (página 18) que *“No se puede tildar de incompleta, pues, la valoración de la prueba, desde que el sentenciador, luego del razonamiento descrito, que guarda consistencia con la prueba aportada por el Estado requirente, da las razones que tuvo para desestimar la confesional y testimonial, descrita latamente en la parte expositiva, conforme a la exigencia impuesta por el artículo 297 del Código Procesal Penal”*.

El **voto de minoría**, por su parte, expresa (páginas 22 y 23) que *“la valoración de la prueba se encuentra incompleta, desde que no hay análisis ni pronunciamiento sobre la testimonial y documental rendida por la defensa, omisión que el sentenciador justificó en el hecho que dicha prueba aparecería desvinculada del cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 449 del Código Procesal Penal, lo que no resulta válido, habida cuenta la obligación de fundamentación de la sentencia”*.

A. En relación al recurso de nulidad (considerando I de la sentencia)

1) Ausencia de tratado específico de extradición

Entre la República de Chile y el Reino de los Países Bajos (Holanda) no existe tratado bilateral ni multilateral de extradición alguno. De hecho, era la primera vez que se utilizaba este mecanismo de cooperación internacional entre estos Estados.

Pero existen algunos tratados multilaterales, generados en el seno de la Organización de Naciones Unidas, suscritos por Chile y Holanda, referidos a la investigación, persecución y sanción de ciertas actividades criminales, tales como la Convención contra el Crimen Organizado Transnacional (Palermo, 2000) y la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Viena, 1988), que contienen algunas normas básicas que promueven la extradición entre los Estados partes.

Estos dos tratados fueron invocados por el Reino de los Países Bajos como base legal para requerir la extradición de Richard Riquelme y fueron citados expresamente por la Corte Suprema, para efectos de justificar su resolución en un debate referido a la gravedad de los delitos imputados y al principio de mínima gravedad de la pena, como se explicará más adelante.

Nuestro sistema jurídico admite expresamente la extradición sin existir un tratado específico sobre la materia. En efecto, el artículo 449, letra b) del Código Procesal Penal, contempla dos situaciones diversas: la primera es que exista un tratado de extradición vigente entre ambos Estados (sin importar que sea bilateral o multilateral), situación en la cual debe estarse a sus disposiciones, y en segundo lugar, a falta de tratado, por los principios del Derecho Internacional en esta materia³.

En su sentencia de 6 de marzo de 2018, la Sala Penal de la Corte Suprema reconoce expresamente esta situación, validando con ello lo resuelto por el Ministro Instructor y confirmando la jurisprudencia en esta materia: que la ausencia de un tratado internacional específico en materia de extradición no es obstáculo para que opere este instituto, para lo cual es necesario remitirse, en primer lugar, a lo dispuesto en nuestro propio ordenamiento jurídico interno y, luego, a los Principios de Derecho Internacional, existiendo ese orden de prelación entre ambos.

3 Artículo 449.- Fallo de la extradición pasiva. El tribunal concederá la extradición si estimare comprobada la existencia de las siguientes circunstancias:

b) Que el delito que se le imputare o aquél 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 de derecho internacional.

Así, en las páginas 7 y 8 se lee:

“Segundo: ...es menester señalar, en primer término, 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 2º, 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 los principios de derecho internacional. La prelación entre estas fuentes es en el mismo orden antes descrito”.

Y en esta sentencia, así como en muchas anteriores, se señala que dichos principios están contenidos en dos tratados multilaterales de extradición suscritos por nuestro país: la Convención de Derecho Internacional Privado, más conocido como Código de Bustamante (La Habana, 1928) y la Convención sobre Extradición (Montevideo, 1933).

Este es un tema pacífico en la jurisprudencia de la Corte Suprema y fue reconocido tanto por el Ministerio Público como por la defensa⁴.

Lo que sí fue objeto de debate y exigió un pronunciamiento especial de la Sala Penal fue el alcance y consecuencias prácticas de esta situación. En concreto, la defensa sostuvo que los aspectos adjetivos o procedimentales contenidos en esos tratados debían exigirse al Estado requirente, en particular en lo referido a la presentación de ciertos antecedentes, lo cual fue rebatido por el Ministerio Público, que señaló que los principios se referían únicamente a aspectos sustantivos, por lo que no procedía hacer aplicación completa de cada una de las normas de esos tratados.

En efecto, una cosa es decir que los principios de Derecho Internacional que la Corte reconoce en materia de extradición provienen de estos dos tratados suscritos por Chile (y ciertamente no por parte del Estado requirente) y otra muy diferente es que todo el contenido de esos tratados se le aplique completo al Estado requirente. Dicho de otra manera, el que en esos tratados se encuentren contenidos los principios de Derecho Internacional en materia de extradiciones no significa que ellos sean oponibles a los terceros Estados que nunca los han suscrito.

La Corte resolvió el debate en la forma siguiente, en las páginas 9 y 10, al señalar que:

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

“Segundo: ...En el caso de autos, no hay controversia acerca de que entre las partes no existe un tratado bilateral o multilateral que reglamente las solicitudes de extradición que puedan formularse entre ambos Estados, de manera que no es posible invocar la Convención de Montevideo o el Código de Bustamante, para hacer aplicable las normas antes mencionadas, que exigen acompañar ciertos antecedentes al pedido de extradición. El recurrente, sin embargo, parece entender que tales exigencias quedarían comprendidas dentro de los principios de derecho internacional, a los que se debe acudir en ausencia de tratados internacionales vigentes.

Lo anterior significa que la utilización de los principios de derecho internacional, está prevista en el caso que no existan tratados vigentes, y sólo para los efectos de determinar si el delito que se le imputa o por el cual está condenado el requerido, se encuentra dentro de aquellos que autorizan la extradición. Se trata, pues, de aspectos sustanciales, que dicen relación con la condición de extraditable de un delito, cuestión que la doctrina y la jurisprudencia han ido decantando a partir de lo estipulado en los tratados internacionales, en especial, del Código de Bustamante y de la Convención Interamericana de Extradición suscrita en Montevideo en el año 1933. Dichos principios, enunciados por la sentencia impugnada en el motivo sexto, se refieren a la mínima gravedad del delito, a la doble incriminación del hecho, a que se trate de delitos comunes y no políticos, que sea actualmente perseguible y que el estado tenga jurisdicción para juzgarlo.

En consecuencia, como se puede apreciar, el aspecto adjetivo o procedimental que echa de menos el recurrente, consistente en la necesidad de acompañar determinados documentos al pedido de extradición, los que deben ser controlados en fase de admisibilidad de la demanda, previo a tenerla por formalizada, no es una cuestión que haga parte de los principios de derecho internacional a que alude el artículo 449 del Código Procesal Penal, por lo que la eventual ausencia u omisión de tales antecedentes al presentarse la solicitud de extradición por parte del Estado requirente, no constituye un vicio que anule el procedimiento, ni puede afectar entonces la garantía del debido proceso. Sin perjuicio que los aspectos sustantivos o materiales antes mencionados, en cuanto condiciones de procedencia de la institución, deban ser examinados y ponderados para resolver el requerimiento”.

Reafirmando este criterio, la Corte Suprema vuelve a referirse a este punto al argumentar el rechazo del recurso de apelación subsidiario interpuesto por la defensa, al señalar en su apartado II, Considerando Quinto (página 19) lo siguiente:

“...no cabe exigir el cumplimiento de las formalidades contenidas en el Código de Bustamante, ni en el de Montevideo del año 1933, como el recurrente pretende, de manera que resultan suficientes los antecedentes acompañados con el pedido de extradición, que dan cuenta de la tipificación y sanción de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, posesión de armas y municiones, blanqueo de activos y organización criminal, por los que se requiere la entrega del imputado, ya que con su mérito es posible establecer que se cumplen los requisitos de doble incriminación y gravedad mínima de los delitos”.

2) Inexistencia de admisibilidad sobre un pedido de extradición en ausencia de tratados

Más allá de si los aspectos adjetivos constituyen o no un principio de Derecho Internacional, tema ya tratado en el numeral anterior, la defensa sostuvo que constituía una causal de nulidad que el Ministro Instructor no hubiera declarado inadmisibile el pedido de extradición, por cuanto a su juicio el Estado requirente no habría acompañado documentación sustentatoria exigida por la Convención de Extradición de Montevideo de 1933.

Sobre el particular, la sentencia de **la Sala Penal se pronuncia por primera vez en forma expresa** sobre la materia en la página 8, en que sostuvo lo siguiente:

“Segundo: ... es posible observar que el procedimiento previsto en el Código Procesal Penal para conocer de la extradición pasiva, no contempla un trámite de admisibilidad que permita, eventualmente, no dar curso a una solicitud de un país extranjero que omita acompañar determinados antecedentes. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 441 del Código antes citado, recibidos por la Corte Suprema los antecedentes remitidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores con la petición de extradición, se designará a un ministro de esa Corte, 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...”. Cosa distinta ocurre, cuando antes de recibirse la solicitud formal de extradición, el Estado requirente pide la detención previa del imputado, en cuyo caso, el artículo 442 del estatuto procesal penal exige que la referida solicitud “contemple las siguientes menciones mínimas”, a saber, identificación del imputado, existencia de una sentencia condenatoria firme o de una orden restrictiva o privativa de la libertad personal del imputado, la calificación del delito que motivare la solicitud, el lugar y la fecha de comisión de aquél, y la declaración de que se solicitará formalmente la extradición.

Con todo, lo anterior no impide que con el mérito de lo estipulado en un tratado o convención suscrito entre las partes, puedan imponerse determinadas exigencias que deban ser controladas por el tribunal, previo a dar curso al requerimiento de extradición. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la Convención de Extradición suscrita en Montevideo el año 1933, que en su artículo V, establece que el pedido de extradición “debe acompañarse de los siguientes documentos, en el idioma del país requerido: a) cuando el individuo ha sido juzgado y condenado por los tribunales del Estado requirente, una copia auténtica de la sentencia ejecutoriada; b) cuando el individuo es solamente un acusado, una copia auténtica de la orden de detención emanada de juez competente; una relación precisa del hecho imputado, una copia de las leyes penales aplicables a ésta, así como de las leyes referentes a la prescripción de la acción o de la pena, y c) ya se trate de condenado o acusado, y siempre que fuera posible, se remitirán la filiación y demás datos personales que permitan identificar al individuo reclamado”. En términos similares se expresa el artículo 365 del Código de Bustamante”.

3) Reconocimiento a la diversidad normativa internacional

El procedimiento de extradición es por definición un mecanismo de cooperación internacional, en que un Estado solicita a otro Estado la entrega de una persona para su juzgamiento o para el cumplimiento de una condena. Y esos Estados ciertamente tienen ordenamientos jurídicos diversos y muchas veces provienen de tradiciones y sistemas jurídicos distintos, todo lo cual no puede servir de obstáculo para determinar o no la entrega.

Así, todos los Estados cuyos sistemas de persecución criminal que quieran lograr la entrega de una persona ubicada en otro país, para juzgarla o aplicarle una condena deben tramitar una extradición activa, conforme a su propia normativa.

En el caso en comento, se debatió entre las partes un tema de procedimiento, vinculado a la suficiencia de la orden de detención dictada por el Reino de los Países Bajos en contra de la persona cuya extradición se requería. Nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 442 letra b) del Código Procesal Penal, señala que será necesario contar con *“una orden restrictiva o privativa de la libertad personal del imputado”*. Pero no indica cual es la autoridad pública que debe emitir esa orden. Por el contrario, algunos tratados de extradición suscritos por Chile exigen perentoriamente que la orden de detención sea dispuesta por un juez o por un tribunal.

En nuestro país, las órdenes de detención deben ser dispuestas por un tribunal, a petición del fiscal.

Pero en el Reino de los Países Bajos, la normativa contiene disposiciones diversas, por cuanto el sistema de investigación penal presenta características diferentes. Y en ese particular sistema jurídico, el que emite las órdenes de detención en el curso de una investigación es precisamente el fiscal del distrito, a petición de la policía, que es el órgano que dirige la investigación.

Entonces, la defensa alegó como causal de nulidad una afectación al debido proceso, al recurrir en contra de la resolución que había dado lugar a una extradición en circunstancias que la orden de detención que provenía del Estado requirente, que es un requisito esencial para su otorgamiento, no era válida, pues no provenía de un juez competente, sino que de un fiscal holandés.

La Corte Suprema rechazó esa alegación, indicando en las páginas 11 y 12 lo siguiente:

“Segundo: Cabe señalar, por último, en cuanto a la alegación dirigida a objetar que la orden de prisión no hubiere emanado de un juez competente, sino de un fiscal, que de acuerdo al estatuto que regula el procedimiento de la extradición pasiva, para que un país extranjero pueda solicitar a Chile la extradición de un individuo que se encuentre en el territorio nacional, éste debe estar imputado de un delito o condenado a una pena privativa de libertad de duración superior a un año (artículo 440 del Código Procesal Penal). Para nuestro ordenamiento jurídico, la calidad de imputado significa

que se le atribuye participación en un hecho punible y esto alcanza a actuaciones que puedan provenir tanto del Ministerio Público, como de tribunales con competencia en lo criminal. A su turno, cuando el artículo 442 del cuerpo legal citado establece los requisitos para decretar la detención del imputado, previo a solicitarse formalmente la extradición, exige que el Estado requirente informe de la existencia de una sentencia condenatoria firme o de una orden restrictiva o privativa de la libertad personal del imputado.

En ese contexto, y no resultando aplicables las normas de algún tratado que exija, determinadamente, que la “orden restrictiva o privativa de libertad” del imputado emane de un juez competente, debemos admitir que, de acuerdo a la organización de su sistema procesal penal, existan países extranjeros que puedan radicar o entregar tal facultad, bajo ciertas circunstancias, a quien lidere la investigación criminal en curso, como ocurre en el caso que nos ocupa. En efecto, de los antecedentes acompañados a la solicitud de extradición, se puede apreciar que el Ministerio Público de Holanda investiga hechos constitutivos de delitos cuya penalidad es superior a un año de privación de libertad, y respecto de los cuales atribuye participación al requerido, como líder de una organización criminal que se dedica a la comisión de estos ilícitos. En tal circunstancia, el fiscal Lic. M.C. van Kampen, de la fiscalía del distrito judicial de Amsterdam, libró una orden de detención internacional en contra del requerido, en vistas de la persecución penal de los hechos punibles que indica. Los antecedentes dan cuenta, en todo caso, que durante el curso de la investigación la fiscalía ha llevado a cabo diversas diligencias, alguna de las cuales, “después de adquirir una autorización del juez instructor”, como cuando “se entró el 21 de diciembre de 2015 en diferentes viviendas/paraderos de las personas/sospechosos mencionados en la información del TCI, con fines de detención...”, de lo que se puede colegir que la investigación liderada por el Ministerio Público se vincula, en determinadas situaciones, con la actividad jurisdiccional, lo que la asemeja al sistema nacional.

Con el mérito de las reflexiones precedentes se estima que el ministro instructor no incurrió en el vicio denunciado al haber admitido a tramitación una solicitud de extradición que se basa en una orden de detención emanada del fiscal del distrito judicial de Amsterdam, a quien el documento designa como “la autoridad judicial autorizada”.

En el fallo comentado se planteó otra situación en que la Corte Suprema reconoció esta diversidad normativa, referida al principio de mínima gravedad de la pena, que será explicada más adelante por un tema de orden.

4) Detención previa con fines de extradición

Esta institución constituye un mecanismo de emergencia para evitar la fuga de una persona buscada en el extranjero para efectos de asegurar su permanencia en un lugar determinado, mientras se lleva a cabo un procedimiento formal de extradición. Sus requisitos formales son mínimos, con el objeto de otorgar celeridad y eficacia a la detención de una persona en otro país, todo ello con el compromiso que adquiere el Estado solicitante de formalizar un pedido de

extradición completo (y traducido al idioma local, si fuere el caso), dentro de un plazo breve y determinado, usualmente de cuarenta días entre países limítrofes y de sesenta días para el resto.

Nuestro Código Procesal Penal se refiere expresamente a esta institución en el artículo 442. A su vez, todos los tratados de extradición suscritos por Chile, tanto bilaterales como multilaterales, contienen normas específicas sobre este mecanismo.

En términos generales, si la extradición es formalizada dentro del plazo establecido, la medida de detención debiera ser sustituida por la de prisión preventiva o por alguna otra medida cautelar personal de menor intensidad, decretada en audiencia judicial. Por el contrario, si vencido el plazo el Estado requirente no formaliza el pedido de extradición, debiese cesar la situación de privación de libertad, aunque queda vigente la posibilidad de pedir formalmente la extradición más adelante.

La práctica ha demostrado que el tema no es mayormente relevante, en la medida que el Estado requirente formaliza el pedido de extradición dentro del plazo estipulado. En los casos en que las partes han estado representadas por el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública, respectivamente, es usual que se hagan alegaciones para mantener la privación de libertad o la sustitución por una cautelar personal menos gravosa, al término de la audiencia de juicio, regulada por el artículo 448 del Código Procesal Penal, sin que se hubiese discutido sobre la existencia de un plazo intermedio. Por lo mismo, la Corte Suprema no se había pronunciado antes en forma expresa sobre esta situación.

En el caso en comento, el procedimiento fue iniciado por una solicitud de detención previa con fines de extradición, formulada por el Reino de los Países Bajos, lo que condujo a la detención de la persona requerida. Y la mantención de la privación de libertad fue resuelta por el Ministro Instructor al término de la audiencia de extradición propiamente tal.

Sin embargo, la defensa posteriormente alegó como causal del recurso de nulidad, por infracción a las normas del debido proceso y a diversos tratados sobre Derechos Humanos suscritos por Chile, que se hubiere mantenido privado de libertad al requerido sólo con la orden inicial de detención previa y que, una vez formalizado el pedido, no se hubiera discutido sobre la mantención o sustitución de esa medida ante el Ministro Instructor, lo cual ocurrió sólo nueve días después en la audiencia de extradición. Así, la defensa privada del requerido planteó que su representado habría estado por esos nueve días privado de libertad sin que hubiese existido una orden judicial específica que lo ordenara, todo lo cual le ocasionó un perjuicio grave que además incidía en lo dispositivo de la sentencia que concedió la extradición.

Sobre el particular, la Corte Suprema rechazó la pretensión de la defensa y la sentencia de **la Sala Penal se pronuncia por primera vez en forma expresa** sobre la materia, señalando en las páginas 12 a 14, lo siguiente:

“Tercero: Que, en cuanto a la pretendida vulneración del derecho a la libertad personal del requerido, fundada en que su detención previa se habría prolongado más allá del plazo que tenía el Estado requirente para formalizar el pedido de extradición, sin que hubiere sido sustituida por otra medida cautelar al vencimiento de dicho término, es menester clarificar, en primer lugar, cuál es el sentido del plazo establecido en la ley.

La figura de la “detención previa con fines de extradición”, está prevista con la finalidad de que el Estado extranjero que toma conocimiento que un individuo condenado o sobre el cual pesa una orden restrictiva o privativa de libertad en su país, se encuentra en territorio de otro Estado, pueda solicitar su inmediata retención para evitar la fuga, mientras concluye los trámites necesarios para pedir formalmente la extradición. En ese contexto, es frecuente que los tratados y las legislaciones, en general, establezcan un plazo perentorio a contar de la detención, dentro del cual el Estado requirente debe formalizar el pedido de extradición, so pena de que si no lo hace, se otorgará la libertad inmediata del imputado. Es ese el sentido de lo dispuesto en el artículo 442 del Código Procesal Penal, que después de establecer los requisitos para que proceda la detención, previene en el inciso final que “La detención previa se decretará por el plazo que determinare el tratado aplicable o, en su defecto, por un máximo de dos meses a contar de la fecha en que el Estado requirente fuere notificado del hecho de haberse producido la detención previa del imputado”.

Lo anterior significa que si el Estado cumple, formalizando el pedido de extradición dentro del plazo establecido en la ley, no operará esta suerte de amenaza que pesaba sobre él, de dejar sin efecto la detención del requerido, atendido que se dará inicio al procedimiento de extradición, citándose a la audiencia de rigor que establece el artículo 448 del Código Procesal Penal. Lo anterior, sin perjuicio del derecho que nace para el Ministerio Público – como representante del Estado requirente– a solicitar la sustitución de la detención por la prisión preventiva u otra medida cautelar, una vez formalizada la extradición, según dispone el artículo 446 del mismo cuerpo legal.

En ese contexto, es un error sostener, como pretende el recurrente, que la detención caduca automáticamente al cumplirse el plazo de 60 días, sin importar que el Estado requirente hubiere formalizado el pedido de extradición dentro de dicho término, por lo que no se ha producido ningún atentado a la libertad personal del requerido, en la medida que el Reino de los Países Bajos ingresó la formalización de la extradición el día anterior al vencimiento del plazo y el tribunal citó a la audiencia del artículo 448 antes citado, que se verificó días más tarde, y en la cual se debatió y resolvió la sustitución de la medida de detención por la de prisión preventiva, a solicitud del Ministerio Público.

Con todo, y aún en el hipotético evento de considerar que la prolongación de la detención durante el período transcurrido entre la formalización del pedido de extradición y la audiencia del artículo 448 ya mencionado, resulta infundada, atendido el vencimiento del plazo, lo cierto es que se trataría de una infracción que no le causa agravio al recurrente, en la medida que no tiene influencia en lo dispositivo del fallo, toda vez que la decisión de hacer lugar a la extradición es

independiente de lo que haya ocurrido en lo relativo a la detención del imputado, ya que se fundamenta en la concurrencia de los requisitos de procedencia de la misma”.

B. En relación al recurso de apelación (considerando II de la sentencia)

1) Principio de mínima gravedad de la pena

Un tema particularmente debatido en todas las audiencias judiciales de esta causa y que fue objeto de recurso de apelación por parte de la defensa, dice relación con el principio de mínima gravedad de la pena, contenido en el artículo 449 letra b) del Código Procesal Penal, que señala que en ausencia de tratado específico de extradición deben aplicarse los principios generales del Derecho Internacional, entre ellos el que se comenta.

En términos generales se plantea que la pena asignada al delito debe ser superior a un año de privación de libertad. En nuestro Código Procesal Penal se establece en esos términos en su artículo 440. Y prácticamente en todos los tratados de extradición suscritos por Chile aparece la misma exigencia.

En nuestro país el legislador establece una serie de reglas para la aplicación de las penas que limitan la facultad de los jueces en esta materia, reduciendo el grado de discrecionalidad. Pero en Holanda su legislación considera penas de multa alternativas a las privativas de libertad entregando al juez sentenciador una amplísima facultad para dirimir el castigo penal a aplicar, en consideración a todos los factores del caso, tales como grado de participación criminal, etapa de desarrollo del delito, concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, etc.

Así, en el caso en comento, en todos los delitos que el Estado requirente imputaba responsabilidad penal al requerido existían penas alternativas de multa a las penas privativas de libertad. Por lo mismo, la defensa alegó que no se cumplía con el principio de mínima gravedad de la pena y que consecuentemente la demanda de extradición debía ser rechazada.

El Ministerio Público argumentó en contra, indicando que se trataba de un sistema jurídico distinto al nuestro, que daba una amplia facultad al juez para establecer la pena concreta a aplicar por cada delito y que en todos los casos se trataba de delitos graves, que traían aparejados altas penas privativas de libertad, todas ellas superiores a un año de duración.

En definitiva, la Corte Suprema al resolver el recurso de apelación, sostuvo en las páginas 19 y 20, lo siguiente:

Quinto: “...es posible establecer que se cumplen los requisitos de doble incriminación y gravedad mínima de los delitos. En opinión de esta Corte, el hecho que en algunos casos se establezca como alternativa a la pena de prisión contemplada en el tipo, la aplicación de una determinada multa, no es impedimento para considerar cumplido el requisito de la gravedad mínima, en la medida que la pena privativa

de libertad tenga una duración superior a un año, como exige el artículo 440 del Código Procesal Penal y se verifica en la especie. Desde luego, se trata de delitos cuya manifiesta importancia en el concierto internacional han conducido a la suscripción de sendos tratados internacionales, como son los de la Delincuencia Organizada Transnacional y el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, ambos de las Naciones Unidas, en los que se ha fundado el pedido de extradición de que se conoce, lo que sugiere que la interpretación correcta es aquella para la cual basta con que la pena de prisión por un tiempo superior a un año esté contemplada en forma expresa en la norma, para entender que satisface tal exigencia”.

2) Estándar de acusación

El artículo 449 letra c) del Código Procesal Penal exige que se demuestre *“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”*. En consecuencia el estándar para acoger o no una extradición pasiva es similar al existente en nuestro ordenamiento jurídico para sostener una acusación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 248 del mismo Código, esto es, que habiéndose cerrado la investigación por parte del fiscal del Ministerio Público, existan en la carpeta antecedentes suficientemente serios y graves de culpabilidad de una persona en un hecho delictual específico. Sobre el particular existe abundante jurisprudencia de la Corte Suprema en este sentido, lo que guarda relación con la naturaleza de esta institución, que es considerada un ante juicio de mérito y no un juicio de culpabilidad.⁵

La práctica indica que el argumento más utilizado por las defensas para apelar es precisamente éste.

En el caso en comento no fue la excepción y la defensa planteó que los antecedentes aportados por el Reino de los Países Bajos no eran suficientes conforme al estándar indicado. Para ello incluso ofreció y produjo en audiencia abundante prueba documental, testimonial y pericial, alegaciones que en definitiva fueron desestimadas.

Así, la Sala Penal expresó en el Apartado II, Considerando Sexto (páginas 20 y 21) lo siguiente:

“Sexto: Que la prueba rendida por la defensa no resulta suficiente para desvirtuar las presunciones serias y contundentes que emanan de los antecedentes acompañados por el Estado requirente, en relación a la participación del imputado en la comisión de

⁵ a) Corte Suprema, 31 de marzo de 2011, Rol N° 716-2011; b) Corte Suprema, 30 de enero de 2012, Rol N° 9726-2012; c) Corte Suprema, 20 de noviembre de 2012, Rol N° 7959-2012; d) Corte Suprema, 21 de agosto de 2013, Rol N° 2700-2013; e) Corte Suprema, 25 de julio de 2016, Rol N° 28.599-2016.

los ilícitos antes mencionados, en términos tales que resulta razonable sostener que en nuestro país se deduciría acusación en su contra, estándar que es fijado en la letra c) del artículo 449 del Código Procesal Penal.

En efecto, son diversos los indicios que, reunidos, permiten sospechar del imputado y dada la dificultad de pesquisar delitos como el de lavado de dinero, que supone, en esencia, la ocultación de las utilidades provenientes de otros ilícitos, y el de organización criminal, que requiere develar estructuras y patrones de comportamiento producto de una serie de actos, la existencia de prueba indirecta adquiere mayor valor. El tren de vida lujoso del imputado, no obstante no registrar ingresos, es un antecedente, a vía ejemplar, que es útil para corroborar otras hipótesis.

Con todo, valga reiterar, como señala la sentencia en alzada, que la apreciación de los antecedentes efectuada en este procedimiento, no tiene por objeto juzgar al imputado ni atribuirle culpabilidad, lo que compete a la jurisdicción holandesa, desde que el estándar de ponderación ha sido 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”.

3) Entrega de nacionales

Por último, en la apelación subsidiaria planteada por la defensa, alegó en forma a su vez subsidiaria, para el evento que no fuera acogido el recurso de nulidad ni los capítulos centrales de su recurso de apelación, la posibilidad que se accediera a la extradición, pero que la persona fuera juzgada por tribunales chilenos, atendida su condición de ciudadano chileno.

Algunos tratados facultan a los Estados a no entregar a las personas requeridas en extradición, fundado en razones de derecho interno, en consideración a la jurisdicción que tendrían sus propios tribunales para el juzgamiento de esas causas, especialmente si se trata de sus propios nacionales. Esta es una institución de larga data, que se conoce bajo la fórmula latina “*aut dedere, aut iudicare*” (si no entregas, juzgas).

Varios países contienen normas de carácter legal e incluso constitucional en sus sistemas jurídicos, que limitan la extradición a personas que no gocen de su nacionalidad, institución que viene en retirada en muchos de esos países, que han atenuado la excepción, como ocurre entre países de la Unión Europea, que aceptan entregarse a sus nacionales para ser juzgados por tribunales de otro país perteneciente a la misma organización.

En Chile no existe norma alguna que limite la entrega de nacionales para ser juzgado por tribunales extranjeros en un procedimiento de extradición, por lo que la regla general es que nuestro país sí entrega a sus nacionales, incluso a países que no entregan a los propios.

En diversos tratados de extradición suscritos por Chile existe la posibilidad de no entregar a sus nacionales para juzgamiento, pero no como una causal absoluta de denegación, sino que en forma facultativa, puesto que es necesario que existan una serie de condiciones o circunstancias adicionales que así lo justifiquen.

Es un tema que se ha discutido caso a caso en las ocasiones en que en un proceso de extradición pasiva el requerido es un ciudadano chileno, pero en la mayoría de los casos se ha rechazado esa posibilidad y se ha entregado a ciudadanos chilenos para ser juzgados en el extranjero, atendida básicamente la falta de arraigo real que la persona tiene en nuestro país, así como dificultad material que existe para producir en un sistema acusatorio como el chileno medios probatorios obtenidos en el extranjero, bajo normas procedimentales diferentes (especialmente si están en otro idioma)⁶.

En este caso en concreto, si bien la excepción de no entrega de nacionales fue incorporada al recurso de apelación por la defensa, lo cierto es que no fue alegada ni hubo peticiones concretas durante la audiencia de extradición, contemplada en el artículo 448 del Código Procesal Penal.

Pese a ello, la Corte Suprema, reconociendo esta situación, argumentó a favor de rechazar ese capítulo de la apelación, expresándolo del modo siguiente, en el Apartado II, Considerando Séptimo (página 21):

“Séptimo: Que, por último, si bien dentro de la evolución histórica de la institución de la extradición, en un primer momento primó la idea de no entregar a los nacionales vía extradición, fundada en razón de desconfianza en los tribunales extranjeros, o la falta de posibilidad de defenderse del extraditado, en la actualidad esa tesis ha perdido fuerza y se ha ido uniformando la doctrina en el sentido de considerar como injustificadas las razones invocadas para no concederla. La norma del Código de Bustamante que considera facultativa la extradición de los nacionales (“los Estados contratantes no están obligados a entregar a sus nacionales”, no obstante si se niega, están obligados a juzgarlos) se encuentra, de alguna manera, a medio camino entre ambas posturas.

Con todo, no es esta una materia que la defensa haya planteado durante la tramitación del juicio, por lo que ante la inexistencia de un contradictorio sobre el punto y al constituir una alegación nueva, este tribunal no alterará lo que viene decidido. Tiene para ello además presente que, si bien el requerido tiene nacionalidad chilena, también obtuvo la del país requirente, donde por lo demás ha vivido la mayor parte de su vida; de hecho, al prestar declaración en la audiencia de juicio, el propio imputado señaló, en relación al tiempo que ha vivido en Chile, que de sus 44 años de edad, sólo ha estado en el país aproximadamente 7 años”.

6 a) Corte Suprema, 30 de noviembre de 2015, Rol N° 18.142-2015; b) Corte Suprema, 25 de julio de 2016, Rol N° 28.599-2016; c) Corte Suprema, 07 de octubre de 2016, Rol N° 47.868-2016; d) Corte Suprema, 02 de octubre de 2017, Rol N° 38.910-2017.

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

LA PERICIA SOCIAL DE LA VÍCTIMA Y SUS CONTEXTOS SIGNIFICATIVOS¹ EN EL SISTEMA PENAL

Roberto Rodríguez Manríquez²

1. Introducción

En el presente artículo se plantea que la pericia social es una prueba que aporta a los intervinientes del sistema penal. Se describe la función del Ministerio Público de proteger a víctimas y testigos, la cual se relaciona directamente con el trabajo social de nivel individual y familiar. Se aborda la trayectoria del trabajo social profesional en el sistema de justicia, describiendo la diferencia de rol entre testigo “experto” y perito. Se plantea el objeto de la pericia social y las diversas dimensiones que pueden abordar los informes sociales, tomando como eje central del trabajo pericial a la víctima y los contextos ecosistémicos en que se desenvuelve. También se enuncian los requisitos metodológicos de la pericia social y finalmente se sugiere un marco conceptual a modo de propuesta de contenidos que puede servir de apoyo a la interpretación de los hallazgos periciales y se presenta una estructura de pericia social, buscando así mismo, orientar a fiscales y abogados sobre los contenidos de la solicitud de pericia social.

2. Trabajo social y sistema de justicia

Existe consenso en señalar que la histórica participación del Trabajo Social en el sistema jurídico, se remonta a la década de 1930³, con la promulgación en octubre de 1928 de la Ley N° 4.447 de Protección de Menores, la cual en su Artículo 9° señala: “En cada Casa de Menores habrá hasta cuatro visitadores

-
- 1 Se entenderá por contextos significativos a los sistemas sociales que conforman el espacio ecosistémico en que la persona (víctima) se desarrolla y desenvuelve, esto es, su realidad familiar (microsistema), comunitaria (mesosistema) y cultural (macrosistema). Conceptos que se desarrollarán en el cuerpo del artículo.
 - 2 Trabajador Social, asesor en la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
 - 3 AYLWIN, Nidia; FORTTES, Alicia y MATUS, Teresa. *La reinvencción de la memoria. Indagación sobre el proceso de profesionalización del Trabajo Social Chileno 1925-1965*. Edit. Escuela de Trabajo Social, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2004, págs. 164-165.

sociales que actuarán a las órdenes del Director General de Protección de Menores, del Director de la Casa de Menores o del Juez de Menores”.

Luego, en la década de 1960, cuando la profesión había pasado a denominarse de “asistente social” y con la promulgación de la Ley N° 14.550 que crea los Juzgados de Letras de Menores, se generan los cargos de asistente social al interior de dichos tribunales⁴. En su artículo 18, inciso cuarto, se señala que “Las informaciones que los Asistentes Sociales hagan sobre hechos en que hayan intervenido, tendrán el mérito de un antecedente que el Juez apreciará en conformidad a las reglas generales”.

Así entonces, se aborda el trabajo desde la doctrina jurídica tutelar de la “situación irregular de menores” en la cual se debía informar y asesorar sobre materias relativas a medidas de protección, directamente al Juez de Menores, como también desde la intervención social externa al juzgado, siendo parte de equipos de programas ambulatorios y residenciales vinculados a infancia y adolescencia.

En la década de 1980 con la entrada en vigencia de la Ley N° 17.995, que concede personalidad jurídica a los servicios de asistencia jurídica en la regiones Metropolitana, Valparaíso y Biobío⁵, se substituye a los antiguos Consultorios del Colegio de Abogados y crea la Corporación de Asistencia Judicial en dichas regiones, generando los cargos de asistentes sociales al interior de este organismo, quienes deben cumplir la tarea de realizar una evaluación socioeconómica de las personas que requieren asesoría de abogados y/o asistentes sociales respecto de asistencia jurídica y judicial gratuita a personas de escasos recursos.

Posteriormente, en octubre de 2005, con la creación de los Tribunales de Familia, profesionales del Trabajo Social mantienen su incorporación dentro de los equipos que asesoran directamente al Juez de Familia inspirados en la doctrina de la protección integral de la infancia y desde la óptica de la Convención de los Derechos del Niño (CDN). Los trabajadores sociales conforman así el Consejo Técnico junto a profesionales de la psicología entre otras profesiones. En paralelo, se mantiene la estrecha colaboración de trabajadores sociales externos al tribunal de familia en materia de defensa y abordaje de vulneraciones y restitución de derechos a niños, niñas y

4 CISTERNAS, Iván y ROJAS, Paola. *La pericia social forense*. [en línea], Santiago de Chile, 2006, págs. 20 y 34. Disponible en: <http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/libros/libros-000067.pdf> [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2018].

5 REYES, Christoffer. “El Oficio de Perito Trabajador Social: Reflexiones Acerca de la Construcción y Fundamentación del Peritaje Social”. En: *Revista Rumbos*, año 9 N°9, Chile, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Central de Chile, 2014, p. 119.

adolescentes⁶ diagnosticando e interviniendo desde el Servicio Nacional de Menores y programas privados de Fundaciones y Corporaciones.

En el ámbito criminal, en la época previa al actual proceso penal, la opinión técnica que trabajadores sociales debían exponer sobre hechos constitutivos de delito en Tribunales del Crimen, se refería a evaluaciones sociales relativas al área de protección del niño, niña o adolescente víctima. Si bien, los jueces del crimen podían solicitar pericias de distinta índole, el repertorio de pericias sociales o intervenciones en calidad de testigo en investigaciones del crimen se veía bastante reducido⁷.

Con la puesta en marcha de la Reforma Procesal Penal en el año 2000 se crean, al interior del Ministerio Público, las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos (URAVIT) compuestas por abogados, psicólogos, trabajadores sociales, técnicos y administrativos, cuya tarea principal es apoyar a la Fiscalía en todas las materias relacionadas con la atención y protección de víctimas y testigos. Esta nueva función del Ministerio Público, relativa a la protección de víctimas y testigos, especialmente a las más vulnerables, es una misión que anterior a la Reforma Procesal Penal no estaba radicada explícitamente en ninguna autoridad del Estado y requiere, por lo general, la adopción de medidas urgentes o inmediatas para ser eficaz⁸. De esta manera el nuevo órgano encargado de cumplir con la función de persecución penal pública y protección a las víctimas y testigos, asumiría esta tarea.

Se puede señalar por lo tanto, que a partir de la *praxis* especializada con víctimas, especialmente en la contención emocional, orientación socio jurídica y acompañamiento individual y familiar, durante las diversas etapas del proceso penal, los trabajadores sociales se constituyen en profesionales calificados que aportan elementos de utilidad para los actores del sistema penal, a través de sus intervenciones diagnósticas y reparatorias, tanto a nivel individual, familiar y/o de redes comunitarias⁹, pudiendo responder a

6 Cabe mencionar la función especial que cumplen trabajadores sociales como mediadores externos en litigios de variada índole familiar donde prestan un servicio directo a la judicatura de Familia.

7 ARIAS, Juana y YAÑEZ, Víctor. "Un nuevo constructo para el peritaje del trabajo social". En: *Revista de Trabajo Social PUC*, N°79, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, diciembre 2010, p. 24.

8 Historia de la Ley N° 19.519 Crea el Ministerio Público, *Primer Informe Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, Biblioteca del Congreso Nacional, 1997, p. 35.

9 Provocando además la restitución de derechos vulnerados, especialmente en fenómenos como el maltrato infantil en todas sus facetas y la violencia intrafamiliar, especialmente la violencia de pareja, expresión innegable de la violencia de género en nuestro país.

preguntas jurídicas y convirtiéndose así en testigos (expertos) o en peritos de acuerdo a lo que amerite cada caso, contribuyendo en definitiva a una mejor administración de justicia.

3. Roles en el sistema penal: testigo “experto” y perito social

Una tensión e interrogantes que a menudo surgen respecto al rol y la función de los trabajadores sociales al interactuar con el sistema penal, ocurre cuando deben hacer denuncias de hechos que pueden ser constitutivos de delito o cuando informan a la fiscalía (de *mutuo proprio* y/o a solicitud del Ministerio Público) sobre la situación de alguno de sus usuarios atendidos y que a la vez asumen la calidad de víctimas en algún caso que se investiga. Surge entonces la pregunta sobre el carácter procesal que asumirán esos informes y el rol que asumirán los profesionales cuando presten declaraciones durante la investigación y en un eventual juicio oral.

Para dilucidar la interrogante, es necesario tener presente que cuando el aporte de un trabajador social a una investigación penal se hace desde las tareas propias de su quehacer de atención social de caso, es decir, intervenciones desde programas con enfoque proteccional, reparatorio, de salud (primaria o secundaria), seguridad social, e incluso intervenciones comunitarias, entre otras, el profesional puede constituirse en un testigo (de carácter experto) y no en un perito propiamente tal, debido a que desde su mirada técnica mantiene o ha mantenido una relación cercana y significativa con la persona atendida (la víctima o su familia) en un espacio físico y temporal con un encuadre clínico de atención social donde se ha generado un lazo de confianza en un período de tiempo determinado. En estos casos, subyace un contrato de atención social que puede ser explícito o implícito, es decir, un acuerdo de intervención individual o familiar, que se basa en una relación de confianza y de respeto a la autodeterminación del usuario, entendida como el derecho a la toma de decisiones y la libertad de elección¹⁰. Esta intervención podrá tener resultados terapéuticos o de superación de algún estado de necesidad.

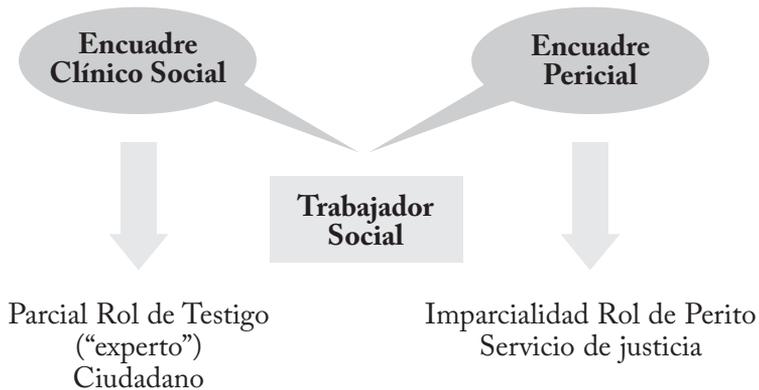
Por lo que si el trabajador social debe participar en alguna investigación y declarar en audiencias de juicio oral, su rol no derivará en un rol pericial propiamente tal, sino que lo hará como un ciudadano común y corriente, muchas veces como funcionario público o profesional de algún organismo

10 PARRA, Belén; CHAGAS, Eveline; PALACIN, Candid; TORREALBA, Josep. “La responsabilidad del Trabajo Social en la autodeterminación de los colectivos más vulnerables”. En: *Revista internacional de Trabajo Social y Bienestar*, N° 3, Murcia, Facultad de Trabajo Social, Universidad de Murcia, Editum, 2014, p. 100.

colaborador del Estado, asumiendo en esa circunstancia la calidad de testigo. Su participación en el sistema penal es circunstancial y en base a una denuncia o informe técnico que emerge a partir de una relación clínica social¹¹.

Por el contrario, si esa misma intervención social surge a solicitud de alguno de los intervinientes, como ejemplo desde fiscalía, no debe haber un vínculo clínico, ni reparatorio o asistencial previo con la víctima o su familia. A diferencia del encuadre anterior, este *setting* será eminentemente pericial o forense, donde se le exigirá al perito imparcialidad, rigor científico y opinión técnica sobre los hechos que deberá describir e interpretar.

En los casos donde el rol del trabajador social es de perito propiamente tal, subyace entonces un contrato o acuerdo pericial que es explícito, este contrato forense, implicará una intervención pericial individual o familiar, donde el abordaje será con plazos acotados y con objetivos diagnósticos periciales. En audiencias, por lo tanto, asumirá un rol de perito a partir de su informe pericial social.



En ambos roles el trabajador social debe aportar para que los jueces construyan la “verdad jurídica”, especialmente en casos donde puede haber más de un relato de la víctima y éste puede coincidir o no con el testimonio de sus familiares cercanos o significativos. El mismo relato de la víctima puede modificarse emergiendo el fenómeno de la retractación (que será abordado más adelante) o simplemente la víctima quiera guardar silencio y no declarar en un eventual juicio oral. Es en estos casos, que cobra relevancia para la labor de la fiscalía, el compromiso del trabajador social para colaborar en la construcción de la noción de “verdad victimológica”, que no necesariamente se refiere al testimonio

11 RODRÍGUEZ, Roberto. Presentación *La Pericia de Trabajadores sociales como aporte a la configuración de la prueba*. Fiscalía Nacional, Inédito, 2007.

directo de la víctima, sino que desde una mirada más amplia, puede ser definida como la narrativa que la víctima y personas significativas¹² hacen de los hechos investigados, que el trabajador social se aboca a la tarea de describir e interpretar, favoreciendo su comprensión, valorando el momento y el contexto social en que ha surgido, incorporando factores relacionales, sociales y biográficos que aportan para que el fiscal adopte la decisión jurídica con la mayor cantidad y calidad de información posible.

Por otra parte, son los jueces quienes en el momento de la sentencia, elaboran la “verdad jurídica”, la cual se encuentra sistematizada en el fallo del tribunal, constituyéndose en una verdad formal o procesal¹³ que, por lo tanto, puede validar o no la prueba de la Fiscalía que ha ayudado a componer el trabajador social. Para arribar a la “verdad jurídica”, el tribunal, debe haber verificado que las diligencias de investigación y actuaciones de los intervinientes hayan respetado el principio de inocencia del imputado, que las pruebas hayan sido generadas de forma lícita y que no exista duda razonable al momento de sentenciar, deliberan para generar la sentencia y fallar condenando o absolviendo al acusado.

Por lo tanto, se recalca que de haber sido presentada una pericia social en el juicio, ésta representa un eslabón más dentro del cúmulo de pruebas y razonamientos jurídicos que se someten al fallo del tribunal¹⁴. A su vez, como ya se mencionó, la sentencia valorará toda la prueba que se presentó en el juicio, que a su vez debe haber alcanzado un estándar jurídico que es fundamentado en la sentencia por parte de los jueces.

4. Objeto de la pericia social en la investigación penal

4.1. Reconstrucción de la dinámica histórica y relacional

La pericia social desde la perspectiva de la víctima debe indagar en las diferentes circunstancias fácticas y relacionales en las que se ha visto involucrada la víctima, el imputado y eventualmente los testigos. Son el centro

12 Significativas en cuanto mantengan interacciones recurrentes, de cercanía física y emocional provenientes de su contexto familiar primario como padres, hermanos y otros parientes, así como representantes de los sistemas sociales secundarios, por ejemplo, centros educacionales, de salud, laborales y otros que estén vinculados con la víctima.

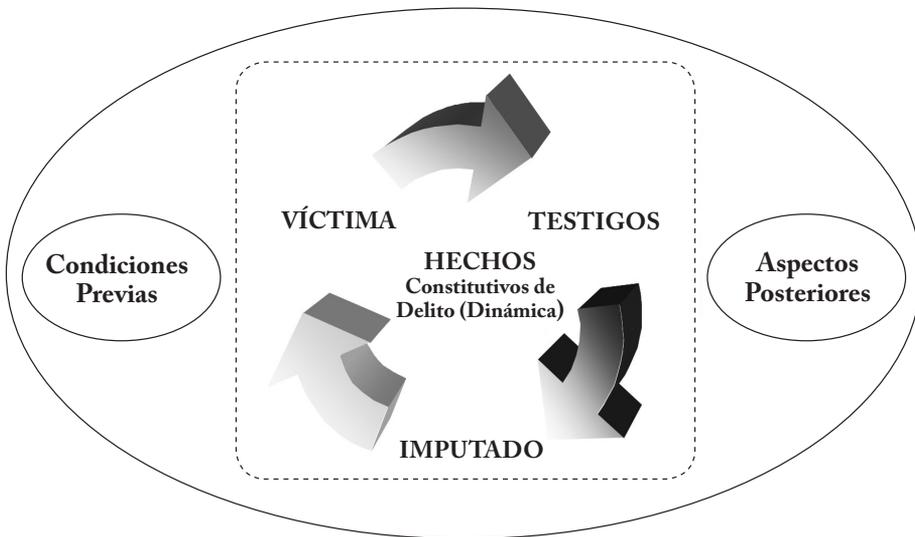
13 RUIZ MONROY, Jesús. “La verdad en el Derecho” [en línea]. En: *Revista Intersticios Sociales El Colegio de Jalisco*, núm. 12, México DF., Universidad Tecnológica de México, septiembre, 2016, págs.12-13. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/ins/n12/2007-4964-ins-12-00002.pdf> [fecha de consulta: 2 de enero de 2019].

14 Siguiendo esta idea, el discurso forense social queda subordinado a la “verdad jurídica” plasmada en la sentencia condenatoria o absolutoria de los jueces.

de la investigación penal que realiza el fiscal, quien debe recurrir a distintos medios de prueba para configurar su teoría del caso. Por lo tanto, la pericia social puede ser una de las varias pericias que requiera el fiscal.

La particularidad de la pericia social desde la perspectiva de la víctima es que articula y reconstruye la dinámica histórica y relacional de los hechos investigados, teniendo como foco a la víctima en su interrelación con el imputado y/o los testigos directos e indirectos. El perito social no debe ratificar o desmentir las versiones de los involucrados, sólo reflejar aquello constatable empíricamente desde la perspectiva social, describiendo e interpretando conceptualmente la evidencia que surge de su investigación¹⁵.

La pericia social, por lo tanto, es pertinente cuando responde a preguntas periciales e hipótesis que examinen áreas de interés para la teoría del caso que hacen referencia a contextos sociales significativos de la víctima, como son el ámbito relacional íntimo y los vínculos cercanos de los involucrados. Dicho de otro modo, la pericia social debe orientarse desde una perspectiva sistémica ecológica¹⁶ poniendo en el centro a la víctima, sus interrelaciones familiares primarias y significativas, los vínculos comunitarios y los aspectos culturales que influyen en la significación e interpretación de los hechos.



15 Ministerio Público de Chile, *Guía para la evaluación pericial de daño en víctimas de delitos sexuales*. Documento de trabajo interinstitucional, 2010, p. 74.

16 RODRÍGUEZ, Roberto. Presentación Evaluación Social Pericial. Experiencia Piloto de Coordinación Centros DAM – SENAME Región Metropolitana. Fiscalía Nacional, Ministerio Público. Inédito, 2008.

Como ejemplo, para el caso de un femicidio frustrado, la pericia social podrá describir el tipo de vínculo entre la víctima y el imputado, la dinámica de los hechos que dieron lugar a la agresión, o la forma en que los familiares se representan la relación entre víctima e imputado, en la medida que han sido testigos de la pauta relacional entre los involucrados. O cuando la víctima ha abandonado la causa, guarda silencio o se ha retractado, una pericia social puede explicar las causas por las cuales la víctima ha renunciado a participar en el proceso penal, pudiendo describir el entorno familiar, el contexto de la agresión y el tipo de relación entre víctima y agresor con la finalidad explicar los factores sociales asociados.

4.2. Análisis temporal de los hechos investigados

a) Situación de la víctima previa al delito

Esta dimensión de la pericia social debe responder a interrogantes referidas a la situación de la víctima anterior a la ocurrencia de los hechos investigados: ¿qué ha ocurrido antes?, ¿se presentan otros hechos similares?, ¿se observan factores familiares de vulnerabilidad?, ¿existencia de hechos análogos que la familia nuclear o la familia de origen haya silenciado? Es importante dilucidar si se está en presencia de cronicidad o violencia repetida en el tiempo como patrón o si se trata de hechos circunstanciales o únicos.

Se refiere a situaciones que han ocurrido con anterioridad a la denuncia actual: eventos históricos, factores de vulnerabilidad y riesgo; elementos de protección; experiencias de victimización; hitos familiares que pueden funcionar como un patrón tolerante a violencia transgeneracional. En las entrevistas se pueden abordar las relaciones intrafamiliares antes de la denuncia, la comunicación y organización familiar, si se observan aspectos de vulnerabilidad o elementos de resiliencia, a su vez indagar en posibles eventos de victimización similares.

Los aspectos históricos y biográficos es necesario vincularlos a alguna hipótesis o pregunta de investigación relacionada con los hechos investigados. Se puede obtener información referida a historias de la familia de origen para identificar datos relevantes como son la existencia de violencia de pareja, organización patriarcal, eventos de maltrato infantil. En esta dimensión cobra relevancia indagar en los mandatos, creencias y estilos familiares. Pautas de crianza, la cohesión familiar (aglutinada o desligada), grados de diferenciación (cercanía o lejanía) entre sus miembros.

b) Situación de la víctima posterior al delito

En esta dimensión se explora desde un enfoque pericial del daño, evaluando el tipo de victimización sufrida y los efectos sociales vinculados a los hechos

investigados. Corresponde también describir la reacción familiar ante la develación¹⁷.

Se evalúa el impacto social posterior a la ocurrencia del delito en la víctima, es decir, cómo los efectos físicos, económicos y psicológicos han influido a nivel interaccional con su familia nuclear y extensa, en el barrio o comunidad, en instituciones educacionales o laborales según sea el caso. Observar la sintomatología, respuestas adaptativas, presiones y “sanciones” incorporando la variable cronicidad, dado que habrá reacciones más adaptativas como la normalización, negación o minimización de la violencia, si se está en presencia de violencia crónica.

Es importante no perder de vista e indagar si se ha producido victimización secundaria y señalar como puede ésta afectar en las expectativas e interés de participar en el proceso penal tras la denuncia.

c) Elementos relacionados con la dinámica en que se han producido los hechos

Es necesario describir el contexto de la agresión y el tipo de interacción existente entre víctima e imputado haciendo referencia a cómo se desarrollaron los acontecimientos. Resulta también útil describir las características del vínculo entre los involucrados, complementando información respecto a la forma en que se develaron los hechos.

Referida a la develación y denuncia es importante determinar la presencia o ausencia de posibles ganancias secundarias¹⁸ asociadas a los hechos investigados. El costo social de la denuncia y las consecuencias para la víctima, junto con señalar el tipo de victimización sufrida, determinando si se trata de una victimización de episodio único, si existe cronificación del delito o si se trata de una polivictimización.

5. Requisitos metodológicos de la pericia social

Los trabajadores sociales durante las primeras etapas del proceso (que puede implicar la denuncia o diligencias previas a la formalización) y también durante la fase de investigación ya formalizada, podrán aportar con sus informes y

17 Aunque existen distintos modelos y enfoques que conceptualizan la develación, para efectos de este artículo se entenderá la develación asociada al circuito judicial, es decir, como el momento en que la víctima cuenta lo que le ha sucedido a una tercera persona y esto deriva en una denuncia que debe investigar la Fiscalía.

18 Resulta un tema pericial usualmente controversial establecer si la víctima simula, finge o se provoca un daño, trastorno psicológico o lesión física que deriva en una denuncia con el fin de conseguir algún beneficio.

evaluaciones, que tienen la particularidad de observar la interrelación de la víctima y sus contextos sociales significativos, estudiando las aristas sociales y temporales de los hechos constitutivos de delito sobre los cuales se deberá aproximar cumpliendo de forma rigurosa con neutralidad pericial y objetividad metodológica.

Ambos requisitos constituyen la base científica que permitirán al fiscal, en conjunto con otros medios de prueba y pericias, configurar la teoría del caso, decretar medidas de protección, solicitar cautelares a jueces de garantía e incluso influir respecto del tipo de término más idóneo para el caso.

a) Neutralidad pericial

Desde una perspectiva ética, técnica y profesional, se requiere del perito social neutralidad pericial, evitando así el cuestionamiento que la defensa o el tribunal pueda realizar respecto a su idoneidad, es decir, que se convierta en un tercero ajeno a los hechos investigados que asume la labor de reconstrucción histórico-teórica de los acontecimientos o de parte de ellos.

El perito social entonces contribuye a la teoría del fiscal, pero no la determina ni la sostiene, puesto que no es quien califica los hechos ni las circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes. Será el fiscal –o, en su caso, el juez– quien coteje la información del peritaje social con el resto de la prueba y le dé un contenido y coherencia jurídica con las demás evidencias.

La pericia social debe reflejar en su informe lo que se ha observado y el aporte de antecedentes que le proveyeron distintas fuentes de información o involucrados directa o indirectamente en los hechos investigados.

Por último, el perito social no está llamado a intervenir en el sistema familiar o en las redes comunitarias de la víctima, sólo debe reflejar conceptualmente la realidad social de acuerdo a las preguntas periciales que le hayan formulado, ya que su intervención diagnóstica es temporal. No obstante, en su informe, puede hacer sugerencias de intervención para mejorar la situación de vulnerabilidad o desprotección de la víctima y formular una prognosis, de no mediar un cambio en la situación social de la víctima.

b) Objetividad metodológica

El Tribunal debe fallar objetivamente, esto es desde una actitud crítica e imparcial¹⁹ de acuerdo a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia

19 GONZÁLEZ, Joel. “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 1, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006, págs. 97 – 98.

y los conocimientos científicamente afianzados²⁰. Por su parte, el Fiscal debe investigar con objetividad, es decir, la fiscalía “deberá investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen” (Art. 3 Ley 19.640)²¹.

Entonces, desde el punto de vista de la metodología del trabajo social, un problema que se presenta con la “objetividad jurídica” es que los implicados directos en los hechos aportan principalmente desde su propia subjetividad y es necesario recurrir a peritos, en su calidad de terceros imparciales, que no están vinculados al hecho y a las personas afectadas, para que traduzcan esa subjetividad de forma científica y técnica transformándola en hechos objetivos.

Por lo anterior, al perito social se le exigirá “objetividad científica”, esto significa rigor metodológico y apego a los “principios de la ciencia”, por lo tanto, el fundamento del proceso de investigación pericial social debe estar basado en el método científico, en el cual descansa el *método del trabajo social* otorgándoles validez y confiabilidad, y que incluye cuatro etapas²²:

1. Investigación/Diagnóstico: momento de plantearse un problema a partir de la pregunta pericial, elaborar hipótesis y preguntas de investigación.
2. Diseño/Planificación: preparar y diseñar la intervención, verificar su viabilidad, estimando tiempo y recursos a invertir en el trabajo de campo, el tipo de metodologías y modelos explicativos más pertinentes.
3. Ejecución/Intervención: Implica recolectar la información y datos. Analizar para contrastar diversas hipótesis, intervenir a través de las técnicas que en la planificación se plantearon como adecuadas de ocupar.
4. Evaluación/Sistematización: desarrollar el informe que sistematiza los hallazgos, descartando y afirmando algunas de las hipótesis. Elaborar conclusiones a partir del marco teórico o conceptualización pre definida.

20 Esto trae aparejado el problema de los sesgos, estereotipos y generalizaciones que podrían escapar al control de los intervinientes y sentenciadores, lo que desafía a tenerlos presentes y conscientes para detectarlos, descubrirlos y evitar así sus efectos que pueden atentar contra la igualdad ante la ley y el acceso a la justicia. Como ejemplo, en violencia extrema contra la mujer, se ve reflejado en femicidios donde la atenuante de arrebató y obcecación se esgrime en favor del agresor que ha sorprendido en infidelidad a su pareja mujer.

21 Chile, Ley N° 19.640, establece Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Diario Oficial del 15 de octubre de 1999.

22 SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ, Carlos; BAPTISTA, Lucio. Metodología de la Investigación. 3ª edición, México DF., Mc Graw Hill, 2003, p. 17.

6. Marco conceptual²³

6.1. Conceptos útiles para referirse a los contextos relacionales y sociales de los hechos investigados (Modelo Ecológico)

Como se señaló, una pericia social puede asumir una perspectiva sistémica ecológica²⁴, esto quiere decir que se deben distinguir los siguientes niveles de evaluación:

- a) Micro social: se refiere al nivel individual (ontosistema) y familiar (microsistema) como la instancia primaria de interacción social. Aspectos propios del sujeto, su historia de vida, observando y describiendo roles y relaciones interpersonales que la persona en desarrollo experimenta en un entorno determinado en el que participa, los tipos de vínculos al interior del sistema familiar (simétrico-asimétrico, nivel de complementariedad). Tipo de comunicación, límites, afectos, capacidad de contención, mandatos y estereotipos familiares, triangulación de hijos/as, expectativas, etc.
- b) Sistemas intermedios informales y formales (mesosistemas y exosistemas): es la instancia comunitaria, el ambiente en que se extienden las interacciones del sistema familiar. Son los contextos en que tienen lugar las interacciones con otros sistemas organizacionales e instituciones, más complejos, donde se accede a bienes y servicios (redes sociales de apoyo, trabajo, educación, salud, justicia, etc.).
- c) Sistema macro social (macrosistema): es un nivel abstracto donde se ubican los valores, las creencias, las normas (implícitas y explícitas), ideologías dominantes en la cultura que determinan el comportamiento.

En función de la conceptualización anterior puede comprenderse la violencia a distinto nivel:

- Ontosistema: es contexto individual, importa en la medida que entrega información sobre las características del agresor, de la víctima, juicios y prejuicios sobre la masculinidad/femineidad, sistema de creencias individuales acerca de la familia, los roles y estatus entre padres, cónyuges/parejas, hijos/as.
- Microsistema: es posible observar como la familia se estructura y funciona: pautas de comunicación, las habilidades para negociar, organización,

²³ Se presenta un marco conceptual a modo de sugerencia, el que no es excluyente de otros enfoques o marcos teóricos.

²⁴ BROFENBRENNER, Urie. La ecología del desarrollo humano. Barcelona, Ed. Paidós, 1987, págs. 40-48.

toma de decisiones, la dependencia entre los miembros, baja autonomía, baja autoestima, escasa flexibilidad y rigidez. Familias y parejas donde el uso de la violencia puede estar normalizado por el sistema de creencias transgeneracional.

- **Exosistema:** representa la comunidad y las instituciones que pueden facilitar u obstaculizar una adecuada interrupción de la violencia. Donde se presenta mayor aislamiento social habrá menos posibilidades de interrumpir procesos de violencia. Algunos organismos pueden intervenir para apoyar a la familia o la pareja pero otros pueden generar victimización secundaria y empeorar la situación de trauma de la víctima, reforzando creencias y estereotipos que legitiman la violencia.
- **Macrosistema:** Al ser una dimensión sociocultural implicará acciones de política social referidas a prevenir e interrumpir la violencia. Pueden ser los compromisos sociales del Estado a nivel nacional e internacional, tales como la generación de leyes de promoción y protección e inversión de recursos públicos. La tolerancia social a la violencia facilita la aparición de violencia microfamiliar.

A partir de esta evaluación es necesario definir los contextos ecológicos que tienen un impacto directo en la víctima.

Por ejemplo, para el caso de evaluar una posible retractación de una mujer víctima de lesiones y amenazas se podrían evaluar los factores que están asociados a la retractación de la víctima, especificando si se trata de factores vinculados a la relación entre víctima e imputado, a la dinámica familiar, a experiencias de victimización secundaria y/o aspectos socioculturales.

En el caso de un niño víctima de abuso sexual por parte de un familiar, podría ser útil considerar investigar si la víctima, a nivel familiar, escolar o en otras redes sociales significativas, ha presentado cambios atribuibles a los hechos investigados (formas de vincularse, sus pautas interaccionales, rendimiento u otros aspectos que se considere relevantes)²⁵.

6.2. Marco conceptual relativo a violencia intrafamiliar

En sede penal, a petición de Fiscalía, asumiendo un rol de perito externo, los trabajadores sociales cumplen con una función descriptiva e interpretativa de una realidad social vulnerada a través de hechos constitutivos de delito,

25 CIRILLO, Stefano y DI BLASIO, Paola. *Niños maltratados: Diagnóstico y terapia familiar*. Madrid, Ed. Paidós, 1991, p. 68.

disponiendo sus informes al servicio de los intervinientes con el fin de que contribuyan a una mejor administración de justicia.

Los delitos que de preferencia han sido hasta ahora objeto de una pericia social, son aquellos relacionados con violencia de género, especialmente violencia contra la mujer (en el marco de la Ley N° 20.066 de Violencia Intrafamiliar) y maltrato infantil (incluye delitos sexuales y violencia física) debido a que frente al sistema de persecución penal las personas afectadas por dichos delitos, ocurridos donde existe un vínculo entre la persona agresora y la víctima, mostrarán conductas de resistencia o ambivalencia al relacionarse con las instituciones del sistema judicial dado que los hechos (e historias) que les afectan deben salir de “la privacidad familiar” hacia exposición en “el espacio público” donde los organismos que detentan la función de control social, asumiendo muchas veces temor a participar, abandonando, no comprendiendo los procedimientos y tiempos procesales del sistema judicial. Siendo necesario investigar en dichos patrones de conducta profundizando en la caracterización los factores sociales que determinan y explican la conducta de la víctima conceptual y coherentemente.

Es interesante poder determinar el tipo de violencia ejercida en contra de la víctima. A su vez, para el fiscal será importante dilucidar antecedentes sobre características de la relación entre imputado y víctima, que se describa si se trata de una relación abusiva y crónica, de un hecho circunstancial o si han existido hechos de violencia recíproca o de defensa y resistencia por parte de la víctima, describiendo si contiene elementos referidos a violencia física, sexual, psicológica o negligencia.

- La violencia física: Se trata de golpes, ejercidos con las manos, pies o con diferentes otros elementos. Puede haber también quemaduras con objetos incandescentes. Este tipo de violencia se ocupa para generar miedo y control sometiendo a la víctima de manera sistemática e impredecible.
- La violencia sexual: Se trata de conductas sexuales forzadas estableciendo un agudo e importante atentado a la integridad sexual, física y/o psicológica de la víctima. La violencia sexual muchas veces es parcialmente visible en la medida que la víctima devela o que presenta indicadores que pueden ser visualizados por terceros.
- El maltrato psicológico: La agresión se vehiculiza a través de humillaciones, garabatos, que denigran y rechazan su identidad. Se trata muchas veces de gestos y conductas que provocan debilitamiento de la identidad y una autoimagen deteriorada de quien la sufre, provocando confusión y aislamiento. Puede incluir la manipulación a través del control extremo y chantajes económicos.

- El maltrato pasivo o negligencia: Es el resultado de situaciones en las que, de manera premeditada o por una actitud negligente, quien ejerce la violencia y control de la relación no hace nada para evitar sufrimiento o para satisfacer una o varias necesidades de la víctima que permita el desarrollo de sus aptitudes físicas, intelectuales y emocionales²⁶.

6.3. Marco conceptual de la retractación.

La retractación de una víctima de violencia intrafamiliar y, más específicamente, víctima mujer en un contexto de pareja, se puede comprender, en un sentido amplio, como la manifestación de negarse a participar del proceso judicial, la modificación del testimonio inicial y el desistimiento (o retiro) de la denuncia²⁷.

Por lo anterior, la retractación se puede expresar a través del discurso y disposición de la víctima frente al proceso penal cuando altera el testimonio inicial, minimiza la gravedad de los hechos, se auto-culpa y des-responsabiliza al agresor²⁸, pudiendo identificarse en la base de la retractación diversos factores y causas de índole personal, socio familiar e institucional, relacionados con victimización secundaria²⁹.

Cabe hacer presente que una faceta de la retractación suele ser argumentada por la víctima a través del desistimiento (o renuncia) a continuar participando de las diferentes diligencias investigativas, proteccionales y procesales, pudiendo ser un desistimiento activo, que se ha de entenderse como el rechazo explícito de la víctima a intervenir y continuar en el proceso penal; o un desistimiento pasivo, que se puede expresar en ausencias a citaciones y diligencias de investigación importantes como toma de declaración, exámenes, pericias y audiencias en los tribunales³⁰. En la conceptualización se abordará y definirán con más detalles estos conceptos.

26 BARUDY, Jorge. *El dolor invisible de la infancia*. Barcelona, Ed. Paidós, 1998, págs. 87 - 158.

27 HUERTA, S. y RODRÍGUEZ, R. "Retractación en mujeres víctimas de violencia de pareja. Estudio exploratorio descriptivo a partir de la negativa a continuar con la denuncia". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 58, Santiago, Chile, Ministerio Público, Marzo 2014, págs. 161 - 163.

28 PERRONE, R. y NANNINI, M. *Violencia y abusos sexuales en la familia*. 2ª Ed., Editorial Paidós, Bs. Aires, 2007, págs. 60-62.

29 RAVAZZOLA, C. *Historias infames: el maltrato en las relaciones*. Editorial Paidós, Bs. Aires, 1997, págs. 74-79.

30 MORALES, M. y RODRÍGUEZ, R. "La retractación de la denuncia de violencia intrafamiliar". En: *Revista jurídica del Ministerio Público*, N° 34, Santiago, Chile, Ministerio Público, Abril 2008, p. 322.

El fenómeno de la retractación es esperable que aparezca en contextos de delitos que ocasionan un trauma relacional complejo. Trauma relacional, porque el agresor es su pareja íntima, cercana y conocida con quien ha construido una historia vincular. Trauma complejo, porque los hechos de violencia han podido afectar dimensiones individuales, familiares y sociales de la mujer y, porque la denuncia ante los órganos de justicia trae consecuencias de orden penal y familiar.

Por último, la denuncia de un delito en contexto de violencia intrafamiliar representa un llamado de atención de la afectada o a alguna persona significativa de su entorno, hacia el sistema penal -lo que provoca una transformación del espacio en que se despliega el conflicto íntimo (contexto privado de pseudocontrol familiar)-, hacia un espacio público judicial -en el que se convierte en un conflicto penal (espacio público de control social)-, donde los tiempos procesales y diligencias investigativas o proteccionales no siempre son intervenciones adaptadas, proporcionales y coordinadas de los distintos operadores de justicia en sus intervenciones frente a la problemática de la violencia de pareja³¹.

Se propone que se solicite describir factores que podrían estar relacionados a la retractación de la víctima, especificando si se trata de factores vinculados a la relación entre víctima e imputado (como intimidación); a la dinámica familiar (presiones familiares afectivas y económicas); a experiencias de victimización secundaria y/o aspectos socioculturales.

Violencia contra la mujer en contexto de pareja: es un patrón repetitivo de maltrato por parte de la pareja masculina hacia la mujer, caracterizado por una serie de conductas coercitivas que pueden incluir: a) violencia física: empujones, golpes, heridas de arma de fuego o arma blanca; b) violencia emocional: intimidación, humillaciones verbales, amenaza de violencia física; c) violencia sexual: forzar física o emocionalmente a la mujer a la relación sexual; d) violencia económica: ejercicio del control a través del dinero³². A la vez, se entiende por violencia intrafamiliar de pareja, de acuerdo a la normativa chilena, aquella que ocurre en las relaciones vinculares que se incluyen en el artículo 5° de la Ley N° 20.066, esto es, los cónyuges y convivientes actuales y pasados, y los padres de hijos/as en común.

31 CREMPIEN, Carla. *El trauma relacional de la Violencia en la Pareja*. Santiago de Chile, Universidad Internacional Ediciones SEK, 2006.

32 VALDEZ-SANTIAGO, Rosario. et. al. Escala de violencia e índice de severidad: una propuesta metodológica para medir la violencia de pareja en mujeres mexicanas. En: *Revista de salud pública de Méjico*, Vol. 48 (suplemento 2), Cuernavaca, 2006. Disponible en: <http://saludpublica.mx/index.php/spm/article/view/4719> págs. 222-223.

Minimización: Son enunciados y dichos de la víctima que pueden ser expresados en distintas etapas del proceso penal y frente a diferentes actores procesales. El discurso de minimización busca reducir la gravedad de los hechos de violencia cometidos por el agresor y aminorar las circunstancias en que se ha producido la violencia. Cuando la mujer minimiza la violencia se pueden encontrar también contenidos de auto-culpabilización en su discurso, por lo tanto, ambos componentes se complementan en la narrativa de la retractación como una estrategia discursiva tendiente a disminuir o anular los efectos de la sanción penal al imputado³³.

Des-responsabilización del agresor: Cuando se presenta el discurso de retractación, tanto en la etapa de investigación o en etapa de juicio oral, se puede apreciar un componente expresivo que busca disminuir y negar la responsabilidad al actuar del agresor. En la base de la des-responsabilización se encuentran roles estereotipados de género y prejuicios arraigados en el significado de lo que es “ser hombre” o “ser mujer”. Estos mandatos y creencias familiares al interior de la pareja implican que la mujer puede llegar a señalar que no ha cumplido con su rol de cuidadora de los hijos o de mantenedora de la cuestión doméstica familiar y, por lo tanto, se merece el maltrato, intentando demostrar que la violencia ejercida en su contra se justifica, al punto de cambiar sus dichos.

6.4. Marco conceptual para caracterización de la violencia

A modo de propuesta de un marco conceptual se sugiere describir e interpretar la interacción violenta que ha sufrido la víctima a partir de los siguientes variables:

a) Dimensiones de la violencia³⁴:

- **Nivel Temático:** Pueden ser acontecimientos, circunstancias o contenidos que permiten otorgarle una explicación a la violencia/abuso que tanto la víctima como el imputado y terceros (como testigos directos o indirectos) pueden referir a los hechos. Es posible que surja la normalización o la justificación de la violencia a partir de estereotipos y mandatos patriarcales, como por ejemplo el testimonio de una mujer que puede señalar que fue golpeada porque no había cumplido con las labores del

33 TALADRIZ, et. al. “La retractación en violencia intrafamiliar y su incidencia en el sistema procesal penal”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 39, Santiago, Chile, Ministerio Público, Marzo 2009, págs. 224-227.

34 PERRONE, R. y NANNINI, M. ob. cit., págs. 67-71.

hogar dado que llegó tarde del trabajo. O en el caso de abuso sexual infantil el relato de una niña que declara ser “la regalona” del abuelo (imputado) porque es la más bonita de las nietas y por eso su abuelo le hace regalos especiales y debe guardar en secreto lo que el abuelo le hace: ley del secreto o hechizo.

- **Nivel Temporal:** Son los momentos en que se desencadena la violencia/abuso, pueden ser periódicos (violencia crónica) o ritualizados: cuando se celebra una fiesta al irse los invitados, cuando los niños están durmiendo, al llegar del trabajo, etc. Los relatos pueden dar cuenta de patrones relacionales o pautas de relación que están implícitamente convenidas: todos saben que cuando el papá bebe y se emborracha deben salir de la casa porque se pone muy enojado, grita y comienza a romper cosas, deben arrancar a la casa de la abuela. Una víctima de abuso sexual puede referir que cada vez que la mamá salía a trabajar en la feria, los días sábados en la mañana, el tío se metía en su cama.
- **Nivel Espacial:** Se refiere a los lugares en que normalmente se desencadena la violencia/abuso. Pueden ser espacios físicos delimitados en los que los involucrados conocen o saben que puede ocurrir un episodio de violencia/abuso y normalmente puede estar definido binariamente: dentro de la casa/fuera de la casa; espacio privado/público; en presencia de familiares/sin la presencia de familiares.

Un concepto muy útil acuñado por los autores que permite establecer si se está en presencia de un ejercicio de violencia habitual o crónica es el de *consenso implícito rígido* o la evidencia en los testimonios de los involucrados de las tres dimensiones recién descritas. De revelarse, configurarían el establecimiento de un ejercicio de poder asimétrico donde la víctima queda atrapada y subyugada a la “*tiranía doméstica o abusiva*”. Es probable también que se descubra la razón del por qué se denuncia en el momento actual y no con anterioridad. La hipótesis refiere que el agresor rompe el *consenso implícito rígido* a través la modificación de de la pauta de relación en una o más de las dimensiones. Por ejemplo, cuando a través del relato de una mujer víctima por años de maltrato psicológico y físico, señala que denuncia porque ahora el agresor comenzó a golpear a los niños, entonces la mujer refiere que puede aceptar que la golpee a ella pero no a sus hijos; o una víctima que constantemente se ve afectada por violencia psicológica y verbal y el sujeto ahora la agrede con un objeto contundente, y en la declaración refiere que tolera los garabatos pero no que la deje con hematomas producto de golpes. Parecen discursos inverosímiles para una tercera persona que escucha, pero se trata de relatos recurrentes de violencia.

b) Función de la violencia:

Como lo indica Quinteros, citando a Johnson³⁵, existirían dos tipos de violencia de pareja: estructural y circunstancial.

- La violencia estructural es realizada por el agresor de manera sistemática y permanente para ejercer el control y mantener el poder sobre la mujer. Puede ser de dos tipos: exclusiva o generalizada. La exclusiva corresponde al maltrato permanente que se produce sólo en las relaciones de pareja. La generalizada comprende agresiones que se extienden a otros ámbitos fuera de la pareja. Johnson acuña el término de *Terrorismo íntimo* para referirse al control coercitivo o intento de dominar a la pareja y ejercer control sobre la relación donde existe un deseo de causar miedo o daño a la pareja. Es violencia crónica, frecuente, potencialmente letal y de alta peligrosidad. Generalmente es el tipo de violencia que se observa en el caso de víctimas que solicitan medidas de protección.
- Por el contrario, la violencia circunstancial no se produce permanentemente, sino que surge de conflictos puntuales. No debe entenderse que sólo sucede un único episodio, porque su duración depende del conflicto puntual o crisis familiar que desencadena la violencia; es decir, puede ser prolongada en la medida que el conflicto no se supere, y puede ser muy agresiva, llegando incluso a la muerte. La violencia circunstancial puede ser ejercida tanto por hombres como por mujeres³⁶.

La violencia tendría una función en la relación de pareja y que la expresión más severa de violencia estructural tendría como objetivo el control absoluto de la relación por parte del hombre por sobre la mujer (violencia de género) señalando que las variables a entender en la relación son el “poder” y el “control”. Para hacer más didáctica su explicación, Brooks-Hay y Burman³⁷ detallan los cuatro tipos de violencia en la pareja que Johnson ha establecido:

35 JOHNSON, Michael. “Patriarchal terrorism and common couple violence: two forms of violence against women in U.S. families”. En: *Journal of Marriage and the Family*, Vol. 57, N° 4, Nov., 1995, Minneapolis, *National Council on Family Relations*, págs. 283 y sgtes., citado en QUINTEROS, Andrés y CARBAJOSA, Pablo. *Hombres maltratadores*. Madrid, Grupo 5, 2008, págs. 15-17.

36 *Ibid.*

37 BROOKS-HAY, Oona, et al. *Domestic abuse. Contemporary perspectives and innovative practices*. London, Dunedin, 2018, págs. 20-23.

i. Terrorismo íntimo:

En algún momento anterior, Johnson le denominó “terrorismo patriarcal”³⁸ definiéndolo como el intento de dominar a la pareja y ejercer control sobre la relación. Esta dominación se manifiesta a través de distintas tácticas de poder y control, incluyendo el uso de violencia. Existe un deseo de causar miedo o daño a la pareja. Es violencia crónica, frecuente, potencialmente letal y de alta peligrosidad. Generalmente es el tipo de violencia que se observa en el caso de víctimas que solicitan medidas de protección.

ii. Violencia de pareja circunstancial:

Se refiere a conflictos comunes de pareja, específicos y esperables, que pueden escalar simétricamente (no existe a la base un desequilibrio de poder) hasta el ejercicio de violencia como solución, sin que sea parte de un comportamiento controlador y estructurado como recurrente en la relación. Se caracteriza por el intento de ambas personas de imponer sus criterios. Generalmente no existe miedo. Ante casos graves puede derivar en una denuncia. Sería el tipo de violencia más frecuente en las relaciones de pareja. Al ser estrictamente simétrica, estadísticamente es similar entre hombres y mujeres.

iii. Resistencia a la violencia:

Es la forma de resistir al control coercitivo (eminentemente) masculino: responder a la violencia. La víctima todavía posee recursos personales y sociales que le permiten hacer frente a la violencia sin miedo. Es una respuesta a la violencia por lo que no busca controlar. Erradamente se le puede confundir como violencia cruzada. Es esporádica. Generalmente es cometida por mujeres en respuesta a los intentos por controlar de la pareja masculina, motivadas por el miedo y la protección propia o de su familia. Johnson señala que en los casos en que las víctimas se sienten totalmente atrapadas por el control, puede llegar al asesinato de la pareja (o suicidio).

iv. Violencia relacionada con el divorcio o separación:

Este tipo de violencia está asociada a aspectos traumáticos de la separación de pareja (infidelidad, custodia de hijos, temas económicos, duelos, etc.). Generalmente la persona “abandonada” es la que ejerce la violencia como medio desesperado para retomar el control de la

38 JOHNSON, ob. cit., p. 284, citado en BROOKS-HAY, Oona, et al. ob. cit., págs. 20-23.

relación. Puede corresponder a “pérdidas de control” aisladas y limitadas, pero de tratarse de individuos emocionalmente inestables, con antecedentes de salud mental con personalidad antisocial, depresión o ansiedad y/o consumidores abusivos de sustancias pueden poner en riesgo la vida de sus parejas.

Conclusiones

- El trabajo social forense en sede penal se materializa en pericias sociales o informes técnicos que proporcionan una visión holística de la persona ya que el foco de observación pericial se centra en los diferentes aspectos de la víctima (a nivel personal) y los contextos en los que desarrolla su vida (familiar, comunitario y cultura), siendo una prueba requerida en diversos delitos como son los delitos de violencia intrafamiliar, especialmente violencia contra la mujer en contexto de pareja, delitos que pueden configurar maltrato infantil y delitos sexuales.
- El informe pericial social proporciona antecedentes de las situaciones pre-existentes del individuo; como eventos históricos, factores de vulnerabilidad y riesgo, elementos de protección, y experiencias de victimización. Además de características y dinámicas del hecho en sí; haciendo alusión a las diferentes aristas de los hechos investigados: el hecho traumático, la dinámica de violencia, la multiplicidad de percepciones y los discursos en torno al hecho investigado; aportando además con información asociada a los efectos posteriores del hecho, como el impacto en la víctima, efectos y daño social, respuestas adaptativas, presiones y “sanciones”.
- En el contexto de los diversos cambios sociales que han demandado la judicialización de los conflictos que ocurren al interior de la familia y los delitos que afectan a niños, niñas y adolescentes, se debe abordar la complejidad de la investigación penal en delitos intrafamiliares desde una mirada interdisciplinaria, siendo el trabajo social forense un aporte para la materialización de “justicia”, articulando y gestionando recursos y políticas públicas orientadas prevenir y sancionar la violencia contra la mujer y el interés superior del niño.
- Este artículo pretende ser una contribución para seguir avanzando en el establecimiento de un marco conceptual y desarrollo de los métodos y técnicas que permitan afianzar al trabajo social forense en el sistema penal aportando con rigor e idoneidad técnica, tanto en aspectos relativos al informe escrito como a la defensa en audiencias juicios orales.

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

APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DEL FISCAL NACIONAL EN DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE Y EL PATRIMONIO CULTURAL

Bárbara L. Sanhueza Arancibia¹

En términos amplios, los delitos medioambientales son todos aquellos actos que intencionalmente, en forma accidental o negligente, producen como consecuencia la destrucción o menoscabo de ciertos sistemas naturales, especies animales o vida vegetal cuya protección es considerada valiosa por el hombre para la mantención de sus condiciones de vida, salud, actividades económicas o culturales. Estos delitos se dan en un amplio escenario, que abarca la tala ilegal de árboles, el maltrato animal, la contaminación del agua y el aire por desechos, partículas o derrames, los incendios, y el tráfico de especies protegidas, entre otros.

Por otra parte, los delitos contra el patrimonio cultural, en tanto, consisten en los daños que se provocan a edificios, monumentos o piezas con valor histórico o arqueológico para el país, como en el robo de estos mismos objetos o de parte de ellos.

A nivel nacional, este tipo de delitos representa una cantidad menor de casos en el universo de ingresos que se registran en un año dentro del Ministerio Público. Sin embargo su relevancia radica en el grave o irreparable daño que se puede generar con la ocurrencia de sólo uno de ellos, sumado a la gran complejidad que revisten a nivel investigativo. Eso ha quedado particularmente en evidencia durante el año 2018 con las bulladas investigaciones iniciadas tanto en materia medioambiental -a raíz de hechos tales como la nube tóxica contaminante en el mes de agosto tanto en Quintero como en Concepción-, como también respecto a investigaciones contra el patrimonio cultural -como el publicitado operativo relativo a las denuncias de desapariciones de decenas de objetos de relevancia cultural (estatuas, reliquias religiosas, históricas y otros similares) en distintas partes de Chile que culminaron en una hacienda en San Francisco de Mostazal-.

1 Abogada de la Unidad Especializada de Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

Pero el tema es relevante también a nivel internacional, donde la delincuencia contra el medio ambiente es un grave y creciente problema que adopta múltiples formas. Además de estos delitos actuales y conocidos, están surgiendo nuevas formas de actividades delictivas que atentan contra el medio ambiente, como el comercio de derechos de emisión de carbono y los delitos relacionados con la gestión del agua. Las redes de delincuencia organizada son las responsables de un porcentaje significativo de los delitos contra la flora y la fauna silvestres y de los delitos de contaminación, que son considerados de bajo riesgo y alta rentabilidad, por quienes se dedican a esta actividad delictiva.

Es por esto que es necesario prestar especial atención a los criterios que se encuentran actualmente vigentes en la investigación de estos ilícitos, así como una revisión de lo que nos queda aún por trabajar.

1. Delitos contra el medio ambiente y el patrimonio cultural

Estos delitos se encuentran contenidos en un amplio abanico de disposiciones. Podríamos decir, sin riesgo a equivocarnos, que no existe realmente una categoría formal de delitos contra el medio ambiente, ya que la regulación además de escasa, es dispersa, irregular y definitivamente insuficiente.

En primer lugar, es la Constitución la que entrega el marco jurídico para la protección del medio ambiente. Específicamente, la Constitución asegura a todas las personas “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, y establece como deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y la obligación de tutelar la preservación de la naturaleza (artículo 19 N° 8).

A su vez, en el numeral 10 del mismo artículo establece lo siguiente en relación al patrimonio cultural: “El derecho a la educación. (...) Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación”.

Sin embargo, en materia de delitos en particular, resulta más complejo realizar un listado exhaustivo. Una primera aproximación podría involucrar los siguientes cuerpos legales:

- Código Penal;
- Código Sanitario;
- Código de Aguas;
- Ley General de Pesca y Acuicultura;
- Ley de Caza;
- Ley de Bosques;

- Ley CITES;
- Ley de Monumentos Nacionales; y,
- Ley de Seguridad Nuclear.

1.1 Medio ambiente como objeto de protección

En el caso de Chile, como se señaló, el marco jurídico de la regulación ambiental está dado por la garantía constitucional consagrada del artículo 19 N°8. Cautelan estas garantías ambientales, la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley 19.300) y las normas complementarias.

Del análisis de esta normativa se colige que la protección del medio ambiente en Chile, como en todos los ordenamientos jurídicos, es una cuestión típica de *interés público*, y que ello estructura el sistema regulatorio de los recursos naturales.

Esta concepción otorga un contenido específico al concepto constitucional de función social como límite a los derechos, determinando expresamente que el derecho de propiedad, así como otros derechos y libertades, admiten restricciones cuando comprometen el patrimonio ambiental².

Previo a la implementación en Chile de la Institucionalidad Ambiental, la Corte Suprema en el año 1985, se pronunció sobre el alcance jurídico de la garantía de protección ambiental, en el caso que involucraba la eventual explotación de las aguas del Lago Chungará (Plaza Corvacho vs. Director de Riego), ratificando los principios de interés público que subyacen tras este marco regulatorio³.

En dicho fallo, la Corte Suprema ratificó la decisión de la Corte de Apelaciones de Arica, que había ordenado suspender la extracción de aguas del lago Chungará que se estaba llevando a cabo con fines de aprovechamiento hidroeléctrico y de riego, mientras ese lago tuviera la calidad de Parque Nacional (Parque Nacional del Llauca) y mientras no fuera excluido del listado de la UNESCO, que le asigna la condición de reserva de la biosfera. En este fallo, la Corte Suprema acoge y da protección constitucional al derecho al medio ambiente, confiriéndole preeminencia frente a las demandas de quienes pretendían hacer un aprovechamiento productivo (hidroeléctrico y riego) de los recursos hídricos del lago Chungará. En otras palabras, la Corte

2 YÁÑEZ, Nancy y otros. *Las aguas indígenas en Chile*. Chile, LOM Ediciones, 2011, págs. 119 y sgtes.

3 YÁÑEZ, ob. cit., p. 120.

Suprema hace una ponderación a favor de la protección del medio ambiente, que se expresa en el plano jurídico en su reconocimiento constitucional:

En el considerando 10º, define el medio ambiente y resguarda la intangibilidad del patrimonio ambiental y la naturaleza, disponiendo: *“Considerando 10º) Que el “medio ambiente”, el “patrimonio ambiental”, la “preservación de la naturaleza” de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida, y tanto se refiere a la atmósfera como a la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven. El medio ambiente se afecta si se contamina o si se altera de modo perjudicial para el mejor desarrollo de la vida”*.

Esta definición de la Corte Suprema plasma una evidente concepción extensiva de medio ambiente. El fallo de la Corte Suprema concluye haciendo una expresa referencia a la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por el Estado de Chile, y que la paralización ordenada se fundamenta en “la existencia de los Convenios Internacionales [...] Convenciones y Acuerdos que requieren de una interpretación y aplicación cuidadosa de parte del gobierno por estar en juego la fe internacional” (considerando 16º).

Por su parte, la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley 19.300), define “medio ambiente” en su artículo 2, letra II) como “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”, reforzando la tesis amplia que propuso la Corte Suprema en el año 1985.

1.2 ¿Qué es lo que se busca evitar?

Aunque no se encuentra derechamente consagrado en ningún tipo penal actualmente vigente, subyace la noción de evitación de daño ambiental.

Para estos efectos, lo primero que hay que considerar es la definición que aporta la misma Ley de Bases Generales del Medio Ambiente en su artículo 2, letra e) que define daño como: *“Toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”*.

Sin embargo, no resulta difícil imaginar la dificultad de sancionar, y más aún, perseguir conductas que puedan encontrarse en términos tan vastamente amplios⁴.

4 BARROS, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 788.

Enrique Barros, por ejemplo, en el contexto de su Tratado de Responsabilidad Extracontractual, ha señalado que la entidad del daño importa porque “como ocurre con todos los bienes que se encuentran en situación de concurrencia recíproca, la protección al medio ambiente supone una ponderación relativa de los bienes afectados. La pretensión de una sociedad no es eliminar toda contaminación ambiental, sino fijar un nivel aceptable que se acerque a un equilibrio razonable de los bienes en juego [...] La reducción de la contaminación supone costos sociales, en los cuales solo se justifica incurrir en la medida que a ellos vayan asociados mayores beneficios correlativos para la comunidad”.

En esta misma línea, aunque en sede de responsabilidad civil en materia de medio ambiente, ha señalado que el daño ambiental tiene un “[...] carácter genérico u holístico que se resiste a la definición precisa de sus límites [...] pero el daño ambiental contiene un elemento normativo que obliga a discriminar: la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo debe ser significativo para que dé lugar a daño indemnizable o reparable. Esta calificación obliga a distinguir entre aquello que es una molestia que debe ser soportada como condición general de la vida en común, de lo que es propiamente un daño indemnizable o reparable”⁵.

Aunque hoy en día no contamos con parámetros que nos permitan establecer cuando nos encontramos ante un daño ambiental en sede penal, vale la pena mencionar algunas iniciativas legislativas que sí lo han hecho. Así por ejemplo lo hace tanto el proyecto de código penal presentado el año 2014 (actualmente bajo el boletín 9274-07) como el anteproyecto de código penal del año 2018⁶.

A modo de ejemplo, tanto en el proyecto del año 2013 como en el anteproyecto del año 2018, los criterios para definir la afectación de alguno de los componentes del medio ambiente como grave, existiendo un cambio adverso mensurable, eran:

- 1º Extensión espacial de relevancia, teniendo en cuenta las particularidades ecológicas o geográficas de la zona afectada;
- 2º Duración prolongada de los efectos;
- 3º Irreparable o difícilmente reparable;
- 4º Número significativo de especies, según las características de la zona en que se produce;

5 BARROS, Enrique “Responsabilidad civil en materia de medio ambiente”. En: *Derecho del Medio Ambiente Congreso Internacional*. Santiago, LexisNexis, 1998, p. 55.

6 Ambos se encuentran actualmente publicados en: <http://www.minjusticia.gob.cl/anteproyecto-para-nuevo-codigo-penal/>

5° Especies categorizadas como extintas, extintas en grado silvestre, en peligro crítico o en peligro o vulnerable;

6° Peligro de la salud de las personas.

Sin perjuicio de que estos criterios no han sido recogidos aún por nuestro legislador, atendido que no contamos con un delito de daño ambiental propiamente tal, es de esperar que en un futuro no muy lejano, sean recogidos junto con un tipo penal específicamente orientado a disuadir y prevenir el daño ambiental.

2. Potestad normativa del Fiscal Nacional

2.1 Ámbito de competencia

En relación al ámbito de competencia dentro del cual puede desenvolverse la potestad normativa del Fiscal Nacional, el que interesa para efectos de este trabajo, es el que está representado por “el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Constitución y en la leyes” y “el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción y penal y protección de las víctimas y testigos” (letra a) artículo 17 LOCMP), lo que ha sido llamado a veces potestad normativa “funcional”. Puede argumentarse que un posible fundamento constitucional para esta función, se encuentra en las reglas de juridicidad y atribución competencial (previstas en los artículo 6° y 7° de la Constitución), según las cuales el Ministerio Público debe contribuir a la concreción del programa constitucional del bien común a propósito del ejercicio de sus funciones (que en el caso de la Fiscalía suponen la dirección exclusiva de la investigación, el ejercicio de la acción penal y la protección de víctimas y testigos), cuestión que puede concretizarse a través de los criterios de actuación que dicta el Fiscal Nacional⁷.

2.2 Alcances y límites de la potestad normativa funcional

Las atribuciones constitucionales del Ministerio Público y su ejercicio, implican necesariamente la participación en la configuración de la política criminal secundaria, es decir, la forma que tiene el Estado de hacer efectiva la protección de los bienes jurídicos merecedores de dicha protección conforme

7 NAVARRO DOLMESTCH, Roberto. *Criterios de actuación jurídica del Ministerio Público. Análisis dogmático y compendio*. Santiago, Chile, Editorial Librotecnia, 2017, págs. 25 y 27.

a las decisiones adoptadas por el legislador, atribuciones que tendrán normalmente como límite la política criminal primaria, la que corresponde al legislador.⁸

Esto implica que, por muy en desacuerdo que se pueda estar con determinadas figuras, no es posible despenalizarlas en la práctica por la vía administrativa.

2.3 Sujetos alcanzados por los criterios de actuación

Para estos efectos, hay quienes proponen dos posibles grupos de destinatarios: los directos y los indirectos. Los primeros consisten en los fiscales y funcionarios del Ministerio Público, ya que estos deben obligatoriamente conformar sus actuaciones al contenido de los instrumentos en cuestión, ya que su incumplimiento puede acarrear responsabilidad administrativa.

Por otra parte, los destinatarios indirectos se refieren al resto de los intervinientes a quienes pueden afectar de algún modo las decisiones tomadas en virtud de los criterios ya señalados, pudiendo éstos exigir su cumplimiento por parte del fiscal que dirige la investigación en la que se encuentra involucrado.

Una aclaración relevante en relación a estos criterios de actuación e instrucciones, es que no son vinculantes para los tribunales con competencia en lo criminal, sin perjuicio de que las decisiones tomadas por dichos tribunales puedan utilizar como apoyo los criterios de actuación e instrucciones generales junto a las normas legales.

3. Criterios generales de actuación en materia de delitos contra el medio ambiente y el patrimonio cultural

Con fecha 23 de julio de 2013, el Fiscal Nacional haciendo uso de su potestad normativa, dictó la instrucción general N° 0491/2013 que imparte criterios generales de actuación en delitos contra el medio ambiente, la salud pública y el patrimonio cultural; sin embargo este no es el único oficio que resulta aplicable a este tipo de delitos, ya que oficios tales como N° 060/2014 regulan temas de índole procesal que, considerados en conjunto con el oficio ya mencionado que regula aspectos derechamente relacionados con los delitos ya mencionados.

El oficio N° 0491 imparte concretamente criterios de actuación para los delitos contenidos en los Párrafos 9° y 14° del Título VI del Código Penal

8 NAVARRO, ob. cit., p. 41.

(delitos relativos a la salud animal y vegetal), en la Ley General de Pesca y Acuicultura, en la Ley de Monumentos Nacionales N° 17.288, en la Ley de Bosques D.S. N° 4.363, en el artículo 476 N°3 del Código Penal, en la Ley de Caza N° 19.473 y en la Ley sobre Seguridad Nuclear N° 18.302.

Algunos aspectos relevantes en materia investigativa que merecen ser destacados, son los siguientes:

3.1 Inicio de la investigación

En términos generales y tal como señala el Oficio N° 060/2014 del Fiscal Nacional, la investigación penal puede iniciarse de oficio por el Ministerio Público, por denuncia, o por querrela.

El Ministerio Público deberá actuar de oficio cuando un tercero, de cualquier modo y cualquiera sea su intención, pusiere en conocimiento del Ministerio Público un hecho que pudiere ser constitutivo de delito de acción penal pública. En esta hipótesis, será considerado como denuncia y los fiscales deberán iniciar su indagación.

Esto es relevante ya que en relación a los delitos actualmente contenidos en el oficio N°0491/2013, esta forma de inicio sería procedente en todos los casos, ya que los delitos especificados en el oficio son todos de delitos de acción penal pública.

Sin embargo, existen casos de tráfico de flora y fauna silvestre, que se encuentran actualmente recogidos en la Ley 20.962 que aplica la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestre (en adelante CITES), publicada el año 2016, sancionados bajo la modalidad de contrabando especial que no pueden ser iniciadas de oficio, ya que se trata de delitos de acción pública previa instancia particular (o institucional en este caso, dependiendo el ejercicio de la acción penal del Servicio Nacional de Aduanas).

La CITES es un acuerdo internacional que tiene por finalidad velar por que el comercio internacional de especímenes de animales y plantas silvestres no constituya una amenaza para su supervivencia y fue suscrita por Chile el 16 de septiembre de 1974. En nuestro país, la Convención entró oficialmente en vigor el 1 de julio de 1975. Posteriormente, en noviembre del año 2016 se publicó la Ley 20.962, Aplica Convención Sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestre, cuyo objeto es regular las obligaciones asumidas por Chile como Estado Parte de la Convención, razón por la cual no se encuentra incorporada en el oficio N° 0491 del año 2013. Sin embargo, es indudable que los delitos contemplados en esta ley se encuentran en la categoría de delitos contra el medio ambiente, según lo ha reconocido expresamente el Ministerio Público.

Adicionalmente, debe considerarse que tanto en casos de delitos contra el medio ambiente, y especialmente en casos de delitos contra el patrimonio cultural, es posible encontrar concursos con delitos de contrabando, por una parte, y con delitos tributarios por otra. Así lo reconoce, por ejemplo, expresamente el oficio N° 0491/2013 en el contexto de los delitos de la Ley General de Pesca y Acuicultura. En dicho oficio se sugiere que en los casos de comercialización, almacenamiento y otros de recursos hidrobiológicos vedados (artículo 139 de la Ley 18.892) o de actividades extractivas o comerciales ilegales en relación a cetáceos en cuanto especies protegidas (artículo 135 bis de la misma ley), se realicen las coordinaciones correspondientes con el Servicio de Impuestos Internos (SII) ante la posibilidad de estar en presencia de una actividad comercial que pueda configurar el delito tributario de comercio clandestino. En este sentido es relevante considerar la aplicación del artículo 162 del Código Tributario atendido que allí se establece que los delitos tributarios son, al igual que los de contrabando, previa instancia institucional (así lo explicita el inciso primero del artículo citado al señalar que las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena corporal sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del SII o del Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director).

3.2 Flagrancia y actuaciones policiales autónomas

La regla general en materia de investigación de delitos, es que tanto Carabineros como el personal de la Policía de Investigaciones actúan previa instrucción de los fiscales. No obstante, y excepcionalmente, existen actuaciones cuyo ejercicio corresponde a los funcionarios policiales, quienes deberán realizarlas sin necesidad de recibir instrucción particular previa de un Fiscal. Dándose los supuestos establecidos por el legislador en cada uno de los casos, el funcionario debe actuar de la manera prevista en la norma.

El Manual de Primeras Diligencias del Ministerio Público cuya actualización fue publicada en septiembre de 2017, bajo el Oficio del Fiscal Nacional N° 717/2017, aborda una serie de aspectos que resultan particularmente atinentes en materia de investigación de delitos contra el medio ambiente.

Por ejemplo, en los casos de delitos cometidos en zonas rurales o de difícil acceso, como es perfectamente posible en muchos de los delitos de tala ilegal, de pesca ilegal, de contaminación (daño a recursos hidrobiológico), el resguardo del sitio del suceso y las primeras diligencias de las policías cobran especial importancia.

Según señala el Manual de Primeras Diligencias, el sitio del suceso es el lugar físico, abierto o cerrado, en el que ha ocurrido un hecho delictual que requiere ser investigado. Se deberán preservar siempre todos los lugares donde se hubiere cometido un delito o se encontraren señales o evidencias

de su perpetración, fueren éstos abiertos o cerrados, públicos o privados. Específicamente se sugiere la clausura o el aislamiento del lugar con el objeto de evitar que se alteren o borren de cualquier forma los rastros o vestigios del hecho o que se remuevan los instrumentos para llevarlo a cabo⁹.

En caso de no existir personal experto, o bien, que el fiscal disponga que no es necesaria la concurrencia de éstos, la policía debe levantar por sí misma todas las evidencias que sean útiles, tales como armas u otros objetos, y remitirlas a Fiscalía, bajo la cadena de custodia respectiva, fijando previamente el sitio del suceso, así como todas y cada una de las evidencias que van a ser levantadas.

El manual en cuestión también señala: “Si en la localidad donde ocurrieron los hechos no existe personal policial experto y la evidencia pueda desaparecer, el personal policial que hubiere llegado al sitio del suceso deberá también recogerla y guardarla, asegurando su indemnidad. En el caso de delitos flagrantes cometidos en zonas rurales o de difícil acceso, las policías deberán, además, practicar de inmediato las primeras diligencias de investigación pertinentes, dando cuenta al Fiscal a la mayor brevedad posible”.

Específicamente, por ejemplo, en materia de maltrato animal, se proponen las primeras diligencias de características específicas, tales como la forma de recoger el relato del hecho, dejando constancia de la especie de maltrato sufrido por el animal, su raza, lugar donde se encuentra el animal, levantamiento del cadáver del animal si fuese el caso, etc.¹⁰.

3.3 Evidencias y objetos

El Reglamento aprobado por resolución FN/MP N° 1.063 de 2 de julio de 2014, sobre “Custodia de Especies Incautadas por el Ministerio Público, establece los criterios generales en la materia, y se vio complementado por un “Manual sobre custodia de especies incautadas” de agosto de 2014.

El reglamento da un especial énfasis e importancia a la gestión del ingreso y de la salida de las especies y a los controles internos que se deben practicar en las áreas de mayor riesgo de la custodia de especies, estableciendo además categorías de especies que no ingresan a la custodia de la Fiscalía, salvo instrucción fundada del Fiscal, con el objeto que sean admitidas sólo aquéllas que vayan a ser efectivamente usadas como evidencia.

9 Manual de Primeras Diligencias, versión actualizada a septiembre 2017, págs. 29 y sgtes. Página web Fiscalía de Chile: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do>

10 Manual de Primeras Diligencias, versión actualizada a septiembre 2017, págs. 95 y sgtes.

En el ámbito de la custodia, se aborda su tratamiento distinguiendo entre custodia general y especial por el Ministerio Público y la custodia legal por otros organismos. Se regula en detalle la custodia general de especies efectuada en bodegas de la Fiscalía, indicando medidas mínimas de ordenamiento, administración y seguridad de las mismas y medidas de protección para los funcionarios. Se contempla también la custodia especial de especies que por su naturaleza requieren de un tratamiento diferente. Además se aborda la custodia legal de especies que por disposición de la ley o de un reglamento especial está cargo de otros organismos.

La regulación del ingreso, custodia y salida de especies resultará particularmente relevante cuando se trate de especies peligrosas (por ejemplo, los objetos materiales de alguno de los delitos relativos a propagación o vertimiento de sustancias químicas, bacteriológicas u otras de carácter peligroso, delitos contra la seguridad nuclear etc.), de especies vivas (animales sean estos domésticos o silvestres) y casos en que la custodia corresponde a una institución distinta (por ejemplo, delitos de contrabando normal, que corresponde al Servicio Nacional de Aduanas, o delitos de contrabando tipificados en la Ley 20.962 en relación al rol de las autoridades administrativas correspondientes, Servicio Agrícola Ganadero o Servicio Nacional de Pesca), atendido que se trata de objetos que por su naturaleza tienden a ser recurrentes en la investigación de los delitos contra el medio ambiente y contra el patrimonio cultural.

Así resultan especialmente pertinentes los siguientes artículos del reglamento:

Artículo 24°.- Las especies con sangre u otros residuos biológicos que sean incautadas, en la medida que el Fiscal de la causa estime pertinente el peritaje, deben ser remitidas inmediatamente al Servicio Médico Legal correspondiente u otro servicio competente.

En aquellos casos excepcionales en que estas especies ingresen a custodia en la Fiscalía Local, dada su peligrosidad deberán almacenarse en las condiciones especiales señaladas en el Manual sobre Custodia de Especies.

En este caso, resulta especialmente relevante la cadena de custodia de las especies en cuestión, ya que podrían resultar susceptibles de ser analizadas por instituciones u organismos distintos al Servicio Médico Legal, por lo que su traslado y conservación será de suma importancia.

Artículo 25°.- En caso de tratarse de especies de custodia peligrosa o cuyo tamaño, volumen y características especiales lo hagan necesario o recomendable y cuya custodia no haya sido establecida por ley a cargo de otros organismos, el Fiscal de la causa deberá ordenar su remisión a una bodega o recinto externo, debiendo informar al Fiscal Jefe en el plazo de 5 días hábiles contados desde la incautación, quien a su vez remitirá esta información en el plazo de 48 horas de recibida al Administrador de la respectiva Fiscalía y al Custodio.

El Custodio deberá registrar la institución o lugar de recepción de la especie y velar por el estricto cumplimiento de la cadena de custodia, debiendo asegurar, además, la preservación de la especie.

La custodia mediante depósito provisional por el imputado sólo puede efectuarse por orden o con autorización del juez de garantía que lo designa como depositario.

Si la custodia especial fuere muy dispendiosa, el Fiscal deberá solicitar expresamente la condena en costas a fin de reembolsar los gastos extraordinarios de conservación en que se haya incurrido para la mantención de las especies incautadas y además solicitará la aplicación de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 51 del Código Procesal Penal relativo a los gastos cuyo pago corresponde a los intervinientes, solicitando al tribunal que estime su monto y disponga su consignación anticipada. Adicionalmente, podrá fijarse como condición de la suspensión condicional del procedimiento el reembolso por el imputado de los gastos incurridos en la custodia y conservación de una especie.

Esta materia ha tomado especial importancia en temas relativos a residuos peligrosos. La Ley N° 20.920 de junio de 2016, que establece un marco regulatorio para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje, incorpora un nuevo delito relativo a la importación, exportación y manejo de residuos peligrosos. Este es precisamente uno de los casos en los que se requieren parámetros de actuación relativos a la destrucción, custodia de evidencia y otros temas relativos al objeto material de estos delitos, tal como por ejemplo, el caso de las baterías.

Artículo 26°.- Los animales vivos o muertos de especies protegidas serán puestos inmediatamente a disposición del Servicio Agrícola y Ganadero por el Fiscal de la causa. En aquellos casos que el imputado sea sorprendido en la frontera ingresando especies protegidas, pueden devolverse al país de procedencia, previa consulta a dicho servicio. Tratándose de especies vivas de cetáceos, puede contactarse al Servicio Nacional de Pesca.

Los animales incautados en la investigación del delito de abigeato serán devueltos en forma inmediata a su dueño bajo acta. Si se incautare carne se restituirá al propietario sólo si se cuenta con la autorización de la autoridad sanitaria respectiva. En ausencia de la referida autorización, deberán efectuarse coordinaciones para su destrucción. El Fiscal podrá disponer la remisión de una muestra para pericia de ADN.

La custodia de animales incautados que no sean especie protegida se efectuará conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.

Se aplica especialmente respecto de la custodia de animales incautados lo dispuesto en el inciso final del artículo precedente.

Sin perjuicio de lo señalado en el reglamento, tratándose, por ejemplo, de animales objeto de maltrato animal, perros, caballos, gatos, etc., a veces tanto instituciones públicas (Municipalidades) como privadas (Universidades) también pueden quedar a cargo de la custodia y recuperación de los animales, no teniendo la calidad de víctimas o querellantes sino que de terceros, si las características de las especies en cuestión así lo aconsejaran.

Complementariamente, hay que considerar lo establecido en leyes especiales en relación a la custodia de especies en este tipo de delitos. Así por ejemplo, la Ley N° 20.380 sobre protección de animales en su artículo 12¹¹ ordena el retiro de los animales objeto de maltrato o crueldad del poder de quien los tenga para ser colocados al cuidado de una persona natural o jurídica designada al efecto a costa del imputado. También se encuentran normas especiales en la ya mencionada Ley N° 20.962 (CITES), como por ejemplo, el artículo

11 Artículo 12.- En casos de maltrato o crueldad con animales, el juez competente para conocer del delito estará facultado para ordenar alguna de las siguientes medidas, sin perjuicio de las demás atribuciones que le competan:

- a) Ordenar que los animales afectados sean retirados del poder de quien los tenga a su cargo para ser colocados al cuidado de una persona natural o jurídica que se designe al efecto.
- b) Disponer el tratamiento veterinario que corresponda, en caso de encontrarse los animales afectados heridos o con deterioro de su salud.

Las medidas señaladas se llevarán a efecto provisionalmente, a costa del imputado.

Iguals atribuciones tendrán los organismos públicos encargados de aplicar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley.

14¹² que señala que las especies incautadas en las investigaciones por delitos de contrabando de especies protegidas serán conservadas bajo la custodia de la Autoridad Administrativa competente, quienes serán los responsables de tomar las medidas para evitar que se alteren (las especies) de cualquier forma. Para estos efectos, las Autoridades Administrativas designadas por la ley son:

- El Ministerio de Agricultura, en el ámbito de flora terrestre, el que podrá encomendar las funciones que señala el artículo 4, conforme al artículo 37 de la Ley N° 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- El Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, en el ámbito de las especies hidrobiológicas.
- La Dirección de Medio Ambiente y Asuntos Marítimos del Ministerio de Relaciones Exteriores, que ejerce el rol coordinador con la Secretaría de la Convención CITES y preside el Comité Nacional CITES.

12 Artículo 14.- En la investigación de los hechos constitutivos de delito previstos en la presente ley, se incautarán los especímenes de las especies, partes, productos o derivados de las especies o subespecies incluidos en los Apéndices de la Convención, las que a solicitud del Ministerio Público serán conservadas bajo la custodia de la Autoridad Administrativa competente, quien deberá tomar las medidas necesarias para evitar que se alteren de cualquier forma y según los procedimientos previstos en la Convención.

Por su parte, la sentencia condenatoria dispondrá también el comiso de los especímenes de las especies, partes, productos o derivados de las especies o subespecies incluidos en los Apéndices de la Convención, que hayan sido objetos del delito, ordenando a la Autoridad Administrativa correspondiente que proceda a la devolución del espécimen al país de procedencia, su entrega a centros de rescate u otras instituciones habilitadas o determinen cualquier otro destino de acuerdo con los procedimientos previstos en la Convención.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo, si el juez de garantía, a solicitud del Ministerio Público, lo estimare conveniente, podrá ordenar en cualquier etapa del procedimiento a la Autoridad Administrativa correspondiente que proceda a la devolución del espécimen al país de procedencia, su entrega a centros de rescate u otras instituciones habilitadas o determine cualquier otro destino de acuerdo a los procedimientos previstos en la Convención.

En los casos en que los procedimientos penales iniciados por la comisión de alguno de los delitos previstos en la presente ley terminen por la suspensión condicional del procedimiento, al menos una de las condiciones acordadas con el imputado deberá ser la entrega voluntaria de los especímenes de las especies, partes, productos o derivados de las especies o subespecies incluidos en los Apéndices de la Convención a la Autoridad Administrativa correspondiente, la que procederá de acuerdo a lo previsto en el inciso anterior.

El Ministerio Público, en los casos en que haga uso de alguna de las atribuciones que le confieren los artículos 167, 168 y 170 del Código Procesal Penal; y el tribunal, en los casos de decretar sobreseimiento, definitivo o temporal, de la causa o dictar sentencia absolutoria por cualquier causa que no sea la posesión de los permisos y certificados requeridos según la normativa CITES, deberán informar de tales decisiones, en forma oportuna, a la autoridad administrativa para que esta adopte las medidas administrativas que correspondan, conforme con la atribución establecida en la letra f) del artículo 4.

3.4 Salidas alternativas

En primer lugar se evaluará la conveniencia general de los acuerdos reparatorios como salida alternativa en estos casos.

En relación a lo señalado por el oficio N°060/2014, “los acuerdos reparatorios constituyen una de las principales salidas alternativas en el nuevo proceso penal, atendiendo a los intereses concretos de la víctima por sobre los intereses abstractos del Estado, es decir, permite considerar sus intereses puntuales en el conflicto social que significa el delito frente a los intereses abstractos del Estado en relación al mismo. Con el uso de este mecanismo, el sistema de procedimiento penal no es entendido como un sistema destinado a la aplicación de penas, sino como un sistema destinado a la resolución de conflictos en concreto, haciendo excepción, en determinados casos y bajo ciertos supuestos, a la aspiración general del sistema procesal penal en orden a acreditar los hechos y las responsabilidades que permitan la imposición de una pena, lo cual no implica una solución del conflicto sino sólo una reacción punitiva del Estado frente al delito”.

Sin embargo, el Ministerio Público debe oponerse a la aprobación de este tipo de acuerdos, y no sólo cuando la víctima no ha consentido libremente en el acuerdo planteado, sino que también en lo que compete especialmente a los delitos contra el medio ambiente y contra el patrimonio cultural, cuando existe un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Esta decisión por parte del Ministerio Público implica estimar que el conflicto debe enfrentarse mediante la imposición de una pena y no a través de un acuerdo de los sujetos concretamente afectados en sus intereses particulares. Por tanto, los fiscales justificarán el ejercicio de esta negativa a la luz de los fines preventivos de la pena, esto es, la prevención general o la especial, según sea el caso¹³.

Los bienes jurídicos protegidos por los delitos contra el medio ambiente y el patrimonio cultural, tienden a ser de interés público prevalente.

Para Jean Pierre Matus, este se definiría como “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica,

13 Se entenderá que se manifiesta dicho interés, no sólo cuando el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los investigados en el caso particular, ya que dicha directriz ha sido establecida a modo de un ejemplo especialmente relevante en la ley, sino también, cuando dicha reincidencia apareciere respecto de hechos distintos, pero de igual o mayor gravedad, o cuando aun tratándose de hechos diversos y de menor entidad, su conducta pretérita permite advertir una constante vulneración al ordenamiento jurídico.

socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”¹⁴.

Por otra parte, como se dijo al principio de este trabajo, tanto la Constitución, como nuestras leyes, e incluso la Corte Suprema, han definido el objeto de protección “medio ambiente” de manera amplia, de forma tal que su afectación tiene repercusiones para la sociedad en su conjunto.

La misma lógica resulta aplicable a los casos de afectación al patrimonio cultural. La Ley de Monumentos Nacionales (N° 17.288) consigna el interés histórico, artístico, conmemorativo o científico de algunos de los bienes que protege, y aunque no establece expresamente la función o el valor social, histórico, cultural, e identitario de éstos, no se puede negar su interés supraindividual o colectivo.

Tratándose de un bien jurídico protegido de carácter colectivo, y reiterando lo señalado en el Oficio FN N° 491/2013 que imparte criterios generales de actuación en Delitos contra el Medio ambiente, la Salud Pública y el Patrimonio Cultural, no procede la aplicación de acuerdos reparatorios. Distinto es el caso de la suspensión condicional del procedimiento, que sí será procedente en la medida que se cumplan los requisitos del Código Procesal Penal, siendo recomendable que entre las condiciones se encuentre la entrega de las piezas objeto del delito, así como otra condición funcional y de utilidad social.

Por otra parte, en términos de suspensiones condicionales del procedimiento, el oficio N° 060 señala que se trata de un instrumento procesal y político-criminal, entregado en cuanto a su promoción, a la discrecionalidad del Ministerio Público para que haga uso de él cada vez que estime que la persecución criminal no aparece necesaria, teniendo en consideración motivos de racionalidad en la actividad de persecución penal, evitar estigmatizar a imputados sin, o con bajo contagio criminógeno, y maximizar la asignación de recursos del sistema de indagación y enjuiciamiento criminal.

Sin perjuicio de que convenir y proponer esta institución procesal constituye una atribución potestativa de cada fiscal, se ha estimado conveniente hacer

14 MATUS, Jean Pierre y otros. “Análisis dogmático del derecho penal ambiental chileno, a la luz del derecho comparado y las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito del derecho internacional. Conclusiones y propuesta legislativa fundada para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile [en línea]. En: *Ius et Praxis*, v.9 n.2, Talca, versión On-line ISSN 0718-0012, 2003. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000200002 [fecha de consulta: 20.01.2019].

presente, que en aquellos casos en los que la suspensión condicional del procedimiento aparezca procedente, conforme la normativa que la legislación procesal establece y los criterios desarrollados en la presente instrucción, los fiscales deberán instar por su aplicación, dando así una salida pronta y eficaz al conflicto penal.

Especialmente en materia de medio ambiente y patrimonio cultural, lo que se busca a través de estas salidas es la fijación de condiciones que tiendan a reparar el daño causado, o a minimizar sus consecuencias en caso de figuras de propagación, y a exigir el pago de una suma de dinero equivalente a los gastos veterinarios o de conservación y rehabilitación de los animales afectados, tal como lo explicita el oficio N° 0491 del Fiscal Nacional.

4. Algunos temas pendientes

El objetivo de este apartado es hacer una breve recapitulación de los temas relevantes que han surgido en los últimos años en esta materia, los que obedecen a modificaciones legislativas en distintos ámbitos relacionados con el medio ambiente, el patrimonio cultural y la salud pública y que serán incorporados en una próxima actualización.

Así por ejemplo, se encuentran las siguientes materias de interés jurídico penal en el campo del derecho medio ambiental:

- Nueva falta penal relativa a los que ensucian playas y otras áreas de conservación. Desde diciembre de 2018, la Ley N° 21.123 que modifica el Código Penal incorporó una nueva falta en el artículo 494 N° 3 del CP¹⁵.
- Modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones, por la Ley 21.064, desde enero del año 2018. En síntesis la ley introduce las siguientes modificaciones al ordenamiento jurídico penal:
 - Modificaciones a los artículos 459 y 460 del Código Penal, que tipifican los delitos relacionados con la extracción ilegal de aguas. Aumenta las penas corporales, y las penas de multa (estas últimas de manera significativa).

¹⁵ Art. 494:

“3°. El que ensuciare, arrojare o abandonare basura, materiales o desechos de cualquier índole en playas, riberas de ríos o de lagos, parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales o en otras áreas de conservación de la biodiversidad declaradas bajo protección oficial”.

- Incorpora un nuevo artículo 460 bis al Código Penal, en relación a la duplicidad en las inscripciones de derechos de aguas.
- Incorpora un nuevo inciso final al artículo 166 del Código Procesal Penal, estableciendo la obligación legal de los fiscales de comunicar a la Dirección General de Aguas la recepción de denuncias en materia de los delitos antes señalados.
- Modificaciones al delito de maltrato animal, desde agosto 2017, por la Ley 20.020 “De tenencia responsable de mascotas y animales de compañía”. En síntesis la ley introduce las siguientes modificaciones:
 - Establece una nueva pena accesoria consistente en la inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de animales (Artículo 36).
 - Reforma el 291 bis agregando un inciso segundo que establece un nuevo marco penal para el maltrato que cause (por acción u omisión) daño al animal el que será de presidio menor en su grado mínimo a medio además de una multa que irá de 10 a 30 UTM más la pena de inhabilitación señalada anteriormente.
 - Incorpora un nuevo inciso tercero a la mencionada disposición, incluyendo una pena agravada para el delito de maltrato animal cuando se causen (por acción u omisión) lesiones que menoscaben gravemente la integridad física o provoquen la muerte del animal, hipótesis que será castigada con presidio menor en su grado medio más una multa de 20 a 30 UTM, además de la inhabilitación contemplada en 1.
 - Se establece un nuevo artículo 291 ter que especifica el contenido del concepto maltrato animal (que podría entenderse como una interpretación auténtica de aquél) señalando que: “Para los efectos del artículo anterior se entenderá por acto de maltrato o crueldad con animales toda acción u omisión, ocasional o reiterada, que injustificadamente causare daño, dolor o sufrimiento al animal”.
- Ley N° 20.962 Aplica Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestre. Artículos 11 y 12 (delitos de contrabando especial, sin perjuicio de las normas aplicables al Ministerio Público contenidas en los artículos siguientes).
- Ley N° 20.920 Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad del Productor y Fomento al Reciclaje. Art. 44 sobre tráfico de residuos peligrosos.
- Ley N° 20.879 Sanciona el Transporte de Desechos hacia Vertederos Clandestinos. Art. 192 bis.

5. Conclusiones

Si por algo se caracteriza la temática jurídica ambiental es por sus innumerables particularidades frente a otras áreas o ámbitos del derecho. Posiblemente esas particularidades tienen que ver con muchas razones o causas, entre las cuales cabría destacar su contenido, su naturaleza, la novedad de esta materia en cuanto objeto de protección por el derecho penal, su desarrollo, su incidencia en la vida humana, -que posiblemente es mucho más clara que otros ámbitos legales, dado que lo ambiental tiende pura y simplemente a facilitar la supervivencia de los seres humanos-, entre otras características.

Esto genera, sin lugar a dudas, dificultades a la hora de investigar exitosamente estos delitos. En lo que respecta a los distintos elementos de los tipos, y en particular al daño ambiental, surgen dificultades técnicas para poder delimitarlo, pues la consideración conjunta del agente causante y del medio receptor generan una amplia casuística que debe ser analizada por expertos técnicos, y difícilmente cabe en una sola fórmula objetiva.

Es por esto que la colaboración tanto de las autoridades científicas como administrativas, resulta clave, y los criterios investigativos observados en su conjunto, también se encuentran orientados a facilitar el trabajo colaborativo y generar herramientas para los múltiples escenarios y formas que adopta este tipo de criminalidad.

ALGUNOS COMENTARIOS AL FALLO DEL EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL REFERIDO AL ARTÍCULO 27 DE LA LEY 19.913

Marcelo Contreras Rojas¹

I. Introducción

Con fecha 18 de mayo de 2018, el Excelentísimo Tribunal Constitucional dicta una sentencia respecto de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado en relación con el artículo 27 letras a) y b), como también respecto del inciso quinto del mismo artículo de la Ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de Lavado y Blanqueo de Activos².

El requerimiento se presenta en el contexto de una investigación pendiente ante el Tribunal de Garantía de Viña del Mar, en el cual se había formalizado a uno de los imputados por los delitos de estafa, irrupción en el giro bancario, asociación ilícita y lavado de dinero.

El caso tiene una serie de particularidades que resultan muy interesantes de analizar a la luz de la normativa en materia de lavado de dinero. Específicamente, el requerimiento puede ser dividido en tres grandes capítulos, el primero de ellos referido a la inconstitucionalidad de los preceptos penales en esta materia al ser calificados como una ley penal en blanco abierta, es decir, se vulneraría el principio de taxatividad penal. En segundo lugar, se señala que los preceptos impugnados infringen el principio non bis in ídem (sic), ya que se sanciona el delito de lavado de activos respecto de la misma persona que fuere responsable por el delito base o precedente, en este caso la estafa. Finalmente, se esgrime un motivo de inconstitucionalidad referido a la irretroactividad de la ley penal, teniendo presente que el delito de estafa

1 Abogado, Subdirector Jurídico de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Tribunal Constitucional, 17 de mayo de 2018, Sentencia Rol N°3630-17-INA.

sólo se incorporó como delito base en la modificación realizada en el mes de febrero de 2015, mediante la Ley 20.818.

Desde nuestra perspectiva, la sentencia dictada resulta de sumo interés, ya que viene a resolver una serie de discusiones o alegaciones que habitualmente se producen en la litigación de investigaciones en materia de lavado de dinero, aclarando y entregando luces respecto de los elementos que debiesen tener en consideración los operadores jurídicos a la hora de interpretar las normas en comento.

Además, el fallo se produce en un contexto particular, ya que durante este año 2019 comienza el proceso de evaluación de nuestro país, en el marco de la cuarta ronda de evaluaciones GAFILAT³, lo que debiese traer aparejada una revisión de todo el sistema preventivo y de control, siendo muy relevante la posición adoptada por el Tribunal Constitucional.

En este orden de ideas, el presente trabajo pretende hacer una revisión general de los motivos de inconstitucionalidad señalados en el requerimiento, que son discusiones relativamente frecuentes en la litigación de este tipo de casos, con el objeto de analizarlos desde una perspectiva operativa, entregando una respuesta funcional a los problemas o dudas planteados.

II. Análisis de los preceptos legales cuya aplicación se impugna

En este apartado analizaremos respecto de cada uno de los capítulos, lo solicitado por el requirente, las alegaciones efectuadas por la Fiscalía, la resolución del Tribunal y algunos comentarios u observaciones.

1) Capítulo I referido a la Letra a) del art. 27

El requerimiento parte explicando lo que debemos entender por una ley penal en blanco para posteriormente realizar una clasificación de estas, concluyendo que estamos ante una ley penal en blanco abierta. Evidentemente, no resulta del caso entrar a discutir doctrinariamente respecto de las clasificaciones de las leyes penales, sino más bien analizar la norma respecto de la cual se solicita la inaplicabilidad. En este contexto, las principales discusiones se producen respecto de los siguientes puntos:

- i. El primer argumento que se menciona para hacer ver la inconstitucionalidad de la letra a) del artículo 27, está referido a la falta de claridad respecto de la conducta que se encuentra sancionada, para ello se cita

3 En esta oportunidad a diferencia de años anteriores no sólo se evaluará el cumplimiento técnico, sino también los grados de efectividad de nuestro sistema.

un trabajo del profesor Hernán Silva Silva, aunque lo confuso y problemático de esta cita, es que este trabajo se refiere al tipo penal antiguo en materia de lavado de dinero y no al tipo penal respecto del cual se solicita la inaplicabilidad. Efectivamente, el tipo penal antiguo en materia de lavado de dinero (artículo 12 de Ley 19.366) tuvo muchas críticas, tanto internas como internacionales, este se encontraba estructurado en base a las disposiciones de la Convención de Viena del año 1988, circunscribiendo el delito de lavado de dinero sólo a los delitos de tráfico de drogas, ya que en ese momento la comunidad internacional entendía que en este tipo de actividad ilícita era donde se generaban ingentes ganancias que posteriormente podían ser lavadas. El caso es, que el tipo penal se modificó con una discusión legislativa bastante intensa, estructurando el nuevo tipo penal de lavado de dinero de conformidad con los estándares internacionales, no siendo plausible la alegación planteada por el requirente.

- ii. Asimismo, el requerimiento nos señala que el artículo 27 letra a) es absolutamente inconstitucional pues contraviene expresamente lo dispuesto en el artículo 19 N°3 en cuanto a que ninguna ley puede establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella, básicamente una alegación respecto del principio de legalidad penal. Lo anterior, lo relaciona con que “la fórmula empleada por el legislador para describir la conducta que se quiere sancionar (*“el que de cualquier forma”*) es vaga y dotada de una generalidad y amplitud que indiscutiblemente pone al juez en la necesidad de concretar y crear la conducta” que se debe sancionar. Al respecto, cabe preguntarse si esta es la descripción del legislador, ya que al analizar el tipo penal se advierte claramente que la conducta sancionada por el legislador es otra, referida a “ocultar o disimular el origen ilícito de bienes provenientes de una serie de delitos (denominados comúnmente delitos base)”. De hecho, perfectamente se podría obviar la expresión “de cualquier forma”, la cual fue incorporada en la lógica de enfatizar que las formas de lavar son esencialmente dinámicas, por ejemplo, pudiendo advertir la manera como han ido evolucionando y sofisticándose las tipologías de lavado de dinero⁴.
- iii. Posteriormente, se citan dos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, referidos a la forma como los distintos legisladores deben elaborar los tipos penales, acotando las conductas punibles,

4 En este sentido, véase, *IV informe de tipologías, 2007 – 2017*, elaborado por la Unidad de Análisis Financiero [en línea]. Disponible en: <https://www.uaf.cl/descargas/entidades/InformeTipologias2017.pdf> [fecha de consulta: 3 de enero de 2019].

dando sentido al principio de legalidad penal. Al analizar los casos, estos que se refieren a los delitos de terrorismo y traición a la patria, en donde los tipos penales contenían expresiones comunes e idénticas que permitieron un juzgamiento por tribunales militares sin rostro en procesos sumarísimos, con penas elevadísimas. Desde nuestra perspectiva, los casos analizados en los ejemplos son muy diferentes al tipo penal de lavado de dinero contenido en el artículo 27 letra a), en el cual la conducta punible resulta clara y de fácil entendimiento, referida a “quien oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes”. En este contexto, consideramos que debe examinarse la norma en su conjunto y no sus frases separadamente, ésta misma señala: “El que de cualquier forma oculte o disimule (...)”. El juez está mandatado por dichos verbos rectores, no siendo posible utilizar otros verbos. Nuestro legislador penal ha utilizado dicha expresión en diversos tipos establecidos en el Código Penal. En ellos se evidencia una clara intención de no agotar las formas o medios en que se pueden cometer los verbos rectores o la conducta que se sanciona, por ejemplo, en el artículo 472 nuestro Código señala: *“El que suministre valores, de cualquiera manera que sea, a un interés que exceda del máximo que la ley permita estipular, será castigado con presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados”*.

- iv. La doctrina analiza la expresión “de cualquier forma”, llegando a las mismas conclusiones antes dichas. Así por ejemplo, Claudio Prams⁵ en “El delito de blanqueo de capitales, en el derecho chileno con referencia al derecho comparado, estudio teórico y práctico”, sostiene que parte de la doctrina ha criticado el tipo de delito de lavado regulado en nuestro país, por considerarlo abierto o general al incluir la voz “de cualquier forma” puesto que no excluye ninguna conducta de disimular u ocultar, lo cual vulneraría el principio de legalidad en su aspecto de determinación de la conducta prohibida, es decir, infringiría el principio que obliga a que los tipos penales establezcan la conducta prohibida, consagrado en nuestra Constitución en el art. 19 N°3. Sin embargo, para el autor, dicha consideración está errada, pues señala que el tipo sí contiene las conductas prohibidas, no habiendo entonces infracción al mencionado principio; indica que el tipo debe interpretarse de una forma diferente, “la voz de “cualquier forma”, está expresando que el tipo no exige medio comisivo concreto de la ocultación o la disimulación, de manera que pueden llevarse a cabo usando cualquier medio o artificio. Esta técnica tipificadora,

5 PRAMBS JULIAN, Claudio. *Estudio teórico-práctico, El delito de blanqueo de capitales en el derecho chileno con referencia al derecho comparado*. Santiago, Chile, Editorial Lexis Nexis, año 2005.

seguida por nuestro legislador, consideramos es la correcta, puesto que la limitación típica de medios comisivos del blanqueo de capitales, abre la puerta, inmediatamente, para la impunidad; por la creación de lagunas punitivas”. El autor explica que las personas dedicadas al blanqueo de capitales se sirven de un sinnúmero de medios, lo cual dificulta que el legislador sea capaz de preverlos todos; de esta forma, si el tipo pretendiera incluir todos los medios, difícilmente podría abarcar todos los existentes, quedando afuera algunos que dejarían espacio a la impunidad bajo la alegación de la falta de tipicidad en la conducta. Concluye que “las figuras que, como la chilena, huyen del casuismo; son las mejores tipificaciones, y por ello, la chilena es una de las técnicas más perfectas que existen actualmente en el derecho comparado, puesto que es capaz de aglutinar bajo dos verbos todas las hipótesis metódicas de blanqueo de capitales que se puedan imaginar y las que en el futuro los blanqueadores inventen”.

- v. Como comentario adicional, desde la perspectiva del derecho comparado, al analizar el caso de ciertos países que han pretendido abarcar taxativamente los medios comisivos, por ejemplo, el caso del artículo 400 bis de Código Penal Mexicano⁶, se puede advertir como lo señala Prambs que: *“El problema de dicha técnica legislativa es que adolece de vacíos que terminan por defraudar la finalidades sancionatorias del tipo penal, en especial por el carácter complejo y variable de la fenomenología de las conductas de blanqueo”*. La doctrina española, por ejemplo, reconoce el carácter eminentemente abierto de esta formulación, entendiendo que las modalidades comisivas que se establecen, tales como; adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes, son meros ejemplos de conductas que buscan ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes.

6 Código Penal Federal. Capítulo II, Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita Artículo 400 bis. Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que, por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas:

I. Adquiera, enajene, administre, custodie, posea, cambie, convierta, deposite, retire, dé o reciba por cualquier motivo, invierta, traspase, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, o

II. Oculte, encubra o pretenda ocultar o encubrir la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o titularidad de recursos, derechos o bienes, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita [en línea]. Disponible en: <https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/codigo-penal-federal#10344> [fecha de consulta: 3 de enero de 2019].

7 Unidad de Análisis Financiero, ob. cit.

- vi. Esta argumentación se solía utilizar en los primeros juicios por el delito de lavado de dinero (año 2007), pero la verdad es que ha quedado bastante superada por nutrida jurisprudencia de nuestros tribunales.
- vii. A mayor abundamiento, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido consistente en señalar que la descripción acabada de cada medio comisivo de un delito complejo, corresponde más bien un ideal normativo que una exigencia reprochable al legislador. Además de ser una técnica legislativa ineficaz. A título ejemplar, podemos mencionar los siguientes fallos: en sentencia de 30 de marzo de 2007, el Tribunal Constitucional se pronunció al respecto, resolviendo una inaplicabilidad interpuesta en relación al delito de piratería (consagrado en el art. 434 de nuestro Código Penal), a la luz del principio de tipicidad consagrado en el art. 19 N° 3, en que se argumentó que dicha norma no cumplía con la tipicidad, por cuanto penaba los “actos de piratería” no estableciendo qué debía entenderse por estos; siendo vaga, imprecisa y genérica la conducta; dicha magistratura sostuvo que efectivamente la exigencia de tipicidad se encuentra en el art. 19 N° 3 de la Constitución, acogiendo la postura del Ministerio Público, indica que no es necesario que la descripción de la conducta que se sanciona se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales. El art. 19 N° 3 inc. 8° CPR consagra el principio de legalidad en su manifestación de tipicidad o taxatividad. Su aplicación requiere que el legislador formule las normas penales de manera precisa y determinada, excluyendo la analogía. Un hecho sólo puede ser castigado cuando reviste todas las características contenidas en la descripción del delito; el tipo es la descripción abstracta de una conducta humana punible. La descripción típica acabada y plena constituye un ideal, limitado en la práctica por la imprecisión del lenguaje y la generalidad de la norma. La función garantista de la ley cierta y expresa se entiende cumplida cuando la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales. El carácter expreso –claro, patente, especificado– que, conforme a la CPR, debe contener la descripción de la conducta, no se identifica con totalidad o integridad, sino que está asociado a la comprensión y conocimiento por las personas de sus elementos esenciales (STC 549, de 30 de marzo 2007, c. 4).
- viii. El legislador puede dejar ciertos elementos del tipo entregados a la interpretación del tribunal del fondo. Como se ha resuelto en otras ocasiones, el legislador penal no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo (STC 1254, c. 19 y 20) (En el mismo sentido, STC 1413, c. 34; STC 1432, cc. 30, 32, 35 a 37 y 39).

- ix. Ahora bien, si realizamos el análisis desde una perspectiva internacional, podemos señalar que nuestro país ha sido evaluado por el Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT) en el marco de la metodología de evaluaciones mutuas. En dichas evaluaciones se ha estudiado nuestro tipo penal de lavado de dinero, verificando el grado de cumplimiento con los estándares internacionales fijados principalmente en las Convenciones de Naciones Unidas (Viena, Palermo y Mérida), pudiendo constatar que cumple en gran parte con los distintos criterios. Las principales críticas han ido en la línea que nuestro tipo penal no incorpora como delitos base a todas las categorías delictuales que son internacionalmente relevantes, pero en ningún caso han existido recomendaciones referidas a que no cumpliría con los principios de legalidad o taxatividad. Dentro de las denominadas 40 recomendaciones del GAFI, la recomendación 38 se refiere a la tipificación del delito de lavado de dinero, la cual debe ser complementada, con lo establecido en la nota interpretativa en la cual se mencionan los criterios a evaluar y el resultado inmediato 7 en materia de efectividad.
- x. Sentencia. Respecto de este primer capítulo el fallo se pronuncia entre los considerandos tercero y décimo, rechazando lo solicitado por el requirente en orden a considerar que no estamos en presencia de una ley penal en blanco abierta. **“TERCERO:** *Que, la doctrina ha entendido que las leyes penales en blanco abiertas son aquellas “disposiciones incompletas en que la labor de complemento es entregada al propio tribunal encargado de aplicarlas” (Rodríguez Collao, Luis. Constitucionalidad de las Leyes Penales en Blanco, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N°8, año 1984, p. 234);* **CUARTO:** *Que, la Constitución establece expresamente que “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”, es lo que se conoce como el principio de tipicidad, principio que impone al legislador el deber de ser claro en el lenguaje y la limitación de utilizar conceptos indeterminados o que no tengan contenidos específicos que puedan llevar al juez a actuar o interpretar la ley de manera impropia, o conforme a su propio saber y entender;* **QUINTO:** *Que, corresponde analizar los términos en que la letra a) del artículo 27 de la Ley N°19.913 se ajustan al principio consagrado en la norma constitucional citada o bien, como lo expresa el requirente, constituye una norma penal en blanco abierta en términos que no se adecúa a las exigencias del texto constitucional”.*

8 Recomendación 3. Delito de lavado de activos. Los países deben tipificar el lavado de activos en base a la Convención de Viena y la Convención de Palermo. Los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinantes.

- xi. La principal razón para fundamentar la sentencia, está dada porque el núcleo del tipo penal se encuentra estructurado en base a los verbos rectores ocultar y disimular, siendo estas conductas completamente entendibles por cualquier persona, **“SEXTO:** *Que, el núcleo fundamental de la conducta punible está constituido por los verbos rectores “ocultar” y “disimular” bienes específicos, en que el sujeto activo actúa con dolo reforzado, esto es, a sabiendas de que está en cosa indebida. Agregando el tipo penal una lista de ilícitos que comprende el origen de los bienes”; **SÉPTIMO:** *Que, la voz “ocultar” entra en la comprensión ordinaria de toda persona en cuanto significa esconder una cosa de un tercero. Lo mismo ocurre con la expresión “disimular” que implica esconder o disfrazar algo, con el propósito de encubrir la veracidad, en este caso, del origen de determinados bienes; **OCTAVO:** *Que, el análisis pormenorizado de cada uno de los elementos contenidos en el tipo penal de la letra a) del artículo 27, de la Ley N° 19.913, da cuenta de una descripción entendible perfectamente por el profano, cumpliendo las exigencias constitucionales de contener expresamente la acción descrita en ella, utilizando palabras claras y debidamente pormenorizadas que hacen posible comprender cabalmente el hecho punible por la norma que se censura por el requerimiento de autos”.***
- xii. El fallo deja de manifiesto que el Juez no crea la conducta sancionada por la norma, ya que esta se basta a sí misma, debiendo el juez absolver o condenar según la convicción que adquiera en base a la prueba rendida. **“NOVENO:** *Que, el inciso noveno del numeral 3° del artículo 19 constitucional contiene el principio de tipicidad, con lo cual hace efectivo que la ley penal sea no solo previa sino que también cierta, situación jurídica que se da en la disposición legal objetada, cumpliéndose con la doble exigencia en cuanto contiene la conducta y la consecuencia para el caso que se satisfaga aquella objetiva y subjetivamente; **DÉCIMO:** *Que, por consiguiente, el juicio de reproche que el juez penal haga, al sujeto imputado de alguna de las acciones contempladas en la letra a) del artículo 27 de la Ley N° 19.913, no estará entregado a su criterio discrecional, como lo sería si existiere una ley penal en blanco, sino que estará centrado en la convicción que adquiera, conforme a la prueba rendida, ya sea para absolverlo ya sea para condenarlo”.**
- 2) Capítulo II referido al inciso 5 del artículo 27, afectación del principio ne bis in ídem
- i. El recurrente comienza señalando que el inciso 5 del artículo 27 de la Ley 19.913 permite sancionar como autor del delito de lavado de activos al mismo autor del delito base, infringiendo el principio non bis in ídem, el cual tiene un reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico (se cita una sentencia de la Excelentísima Corte Suprema), que vincula dicho principio a las garantías del debido proceso.

- ii. Desde nuestro punto de vista, lo señalado anteriormente parte de un error, ya que en el presente caso las conductas por las cuales se ha formalizado la investigación son diferentes para la estafa y el delito de lavado, no existe un mismo hecho por el cual se pretenda sancionar a título de estafa y lavado. Si uno lo ve como una línea de tiempo puede apreciar claramente que consumado el delito de estafa del artículo 468 del Código Penal, el sujeto incurrió en conductas de ocultamiento o disimulación, respecto del origen ilícito de los bienes provenientes del delito base. Por otro lado, cabe hacer presente que el imputado ni siquiera ha sido acusado, es decir, no tiene la calidad de condenado, absuelto o sobreseído, según lo establecido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.
- iii. Según el recurrente la conducta de lavado es el agotamiento del delito base⁹, se señala que “la utilización, uso o aprovechamiento de los dineros obtenidos producto de la comisión del delito base (en este caso la estafa) es una consecuencia natural del actuar del injusto del delito base”. Resulta interesante preguntarse cuáles serían las consecuencias jurídicas que implica estar de acuerdo con esta postura, que por lo demás resultaba recurrente en los años 90 y comienzos del año 2000, pero respecto de la cual uno puede advertir claramente una evolución en su tratamiento dogmático y jurisprudencial. En otras palabras, lo que se nos está diciendo es que el traficante de drogas, el sujeto que se dedica a la trata de personas, el secuestrador, entre otros, pueden aprovecharse de los dineros obtenidos con su conducta ilícita. Lo anterior, nos parece francamente inaceptable, es cierto que en algunos países en los cuales se ha tipificado el delito de lavado de dinero como una forma de encubrimiento especialmente calificado, se ha optado por no sancionar el autolavado, pero el contrapeso ha sido generar normas más amplias en materia de comiso (la misma discusión se puede advertir en el anteproyecto de Código Penal)¹⁰, en ningún sistema se permite que el sujeto se pueda aprovechar del producto de su actividad ilícita, en caso contrario, estaríamos reconociendo que el sujeto tiene una suerte de derecho de aprovecharse del dinero de las víctimas del delito de estafa.

9 Una visión crítica respecto de este punto, véase, “Sentencias Absolutorias en materia de lavado de dinero. Revisión crítica de los argumentos utilizados para fundamentar los fallos”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°59, Santiago, Chile, Ministerio Público, junio de 2014.

10 Véase, artículo 447 inciso final: “No será sancionado conforme a este artículo el que debiere ser sancionado por su intervención en la perpetración del hecho del que provinieren los bienes en cuestión” [en línea]. Disponible en: http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Anteproyecto_de_C%C3%B3digo_Penal_2018.pdf [fecha de consulta: 3 de enero de 2019].

- iv. La argumentación esgrimida por la defensa, referida a que el aprovechamiento de los recursos obtenidos por la estafa es inherente a la misma, de manera que las acciones se encontrarían dentro del agotamiento del delito, resultan improcedentes; toda vez que el delito de lavado de dinero fue justamente establecido para sancionar los actos posteriores a la conducta descrita en el delito base, con el objetivo de imposibilitar cualquier tipo de aprovechamiento de los bienes de origen ilícito.
- v. El recurrente se refiere a varias citas del derecho español, referidas al autolavado, pero que no tienen relevancia en la actualidad ya que la legislación española permite expresamente esta posibilidad.
- vi. Por otro lado, en nuestro país si uno analiza la historia legislativa, en un primer momento se quería incorporar el delito de lavado dentro de las normas de la receptación, opción que fue desechada al estimarse que se producirían problemas respecto de los lavados sustitutivos. Es así como se analizó su incorporación dentro de las normas del encubrimiento, alternativa que tampoco prosperó al no poseer nuestro ordenamiento un tipo penal de encubrimiento, sino considerarlo como una forma de participación, razón por la cual se optó por incorporarlo en una ley especial. Nuestra legislación consagra la autonomía del lavado de activos, en relación a los delitos base que menciona, porque precisamente reconoce que se trata de conductas y hechos distintos, que constituyen diferentes tipos penales y bienes jurídicos tutelados.
- vii. Respecto de lo mencionado por la Convención de las Naciones Unidas para Combatir la Delincuencia Organizada Transnacional, que en su artículo 6 (que penaliza el lavado), apartado 2 letra e), establece: “Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante”. Como señalamos anteriormente, cada Estado define según como tenga estructurado su tipo penal de lavado y sus normas respecto del comiso, si sancionará por el delito de lavado de dinero al sujeto que comete la conducta base. En los casos en que el legislador ha tomado esta decisión, como el caso chileno, nunca se ha sancionado penalmente por dos delitos diferentes en base a los mismos hechos. Los argumentos del recurrente tendientes a fijar la obligación del Estado de Chile de proscribir la sanción penal del lavado junto con el delito base, resultan improcedentes. En los hechos, la Convención de las Naciones Unidas para Combatir la Delincuencia Organizada Transnacional, en su artículo 6 (que penaliza el lavado), apartado 2 letra e), entrega la facultad a los Estados de eliminar las penas del delito base. En nuestro caso, las leyes vigentes permiten

sancionar al imputado por ambos delitos y, en consecuencia, lo que estaría tratando de evitar el recurrente es el concurso entre el delito de lavado y la estafa, cuestión que es privativa del juez de fondo. Más aún, esta misma Convención no tiene rango constitucional, puesto que regula el combate contra el crimen organizado y no derechos fundamentales. De manera que no ingresaría al bloque de constitucionalidad chileno (conforme lo establece el artículo 5 inciso 2 de la carta constitucional) y sería una norma de rango legal.

- viii. En las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFI), donde, entre otras materias, se fijan los estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, se señala expresamente en la nota interpretativa de la recomendación 3 (del delito de lavado de activos) que “los países pueden disponer que el delito de lavado de activos no se aplica a las personas que cometieron el delito determinante cuando así lo requieran los principios fundamentales de sus leyes internas”. Es decir, queda entregado a la decisión de cada país la facultad de eximir de responsabilidad por el delito de lavado de activos cuando se sancione el delito base, cuestión que no fue la decisión de nuestro legislador, como se plasma en la Ley N° 19.913. Por consiguiente, no es posible afirmar que constituye una obligación establecida por la Convención de las Naciones Unidas para Combatir la Delincuencia Organizada Transnacional.
- ix. En cuanto a las citas efectuadas al trabajo del profesor Mañalich¹¹ en materia de *ne bis in idem*, nos parece que reafirman claramente la postura del Ministerio Público, ya que se establece que si se da la realización de más de un tipo delictivo, habrá que reconocer tantos delitos como sean los tipos delictivos realizados, con total independencia de si la realización de los distintos tipos delictivos tiene lugar a través de una sola acción o a través de varias acciones. El requerimiento en cuestión, postula que el aprovechamiento de los dineros obtenidos producto de la comisión del delito base (estafa) es una consecuencia necesaria del actuar injusto propio de la estafa, de tal modo que se verificaría una unidad de acción entre el delito la estafa piramidal y el lavado de activos, por lo que atribuir al mismo “hecho” la significación de una estafa y de lavado de activos importaría una doble valoración, vulnerando el principio de *ne bis in idem*. Los actores, en consecuencia, denuncian una vulneración al mentado principio en su contexto intra-procesal, es decir,

11 MAÑALICH, Juan Pablo “*El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio*”. [en línea]. Disponible en: Revista Política Criminal, Volumen 9, N° 18 (Diciembre 2014). http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A8.pdf, [fecha de consulta: 3 de enero de 2019].

en aquellas situaciones en que la prohibición se hace operativa como estándar de adjudicación sustantiva en exclusiva atención a los hechos delictivos que son objeto del juzgamiento. En esta sede, la pregunta crucial es si concurren o no varias realizaciones de un hecho delictivo, y no la pregunta de cuántas acciones se han realizado. Como señala este autor, *“Para la existencia de un (solo) hecho punible es necesario, por una parte, que venga en consideración la realización imputable de un solo tipo-de-hecho-punible; si se constata, en cambio, la realización imputable de dos o más tipos diferentes, habrá que reconocer tantos hechos punibles como sean los tipos realizados. Semejante concurrencia de instancias de realización imputable de múltiples tipos, constitutiva de un concurso heterogéneo de hechos punibles, justificará una aplicación conjunta de las respectivas normas de sanción, a menos que entre dos o más de los tipos-de-hecho-punible efectivamente realizados sea reconocible una superposición –total o parcial– de sus respectivos contenidos de significación delictiva”*¹². Analíticamente, el reproche de los recurrentes es irrelevante, puesto que debe atenderse a cuántos delitos se realizaron y no a cuántas acciones se ejecutaron. Pero todavía más, las acciones efectuadas por la estafa y el lavado de activos no necesariamente coinciden en términos fácticos, es decir, los actos constitutivos del delito de estafa desplegados por el imputado, son distinguibles de las acciones constitutivas del delito de lavado de activos.

- x. Debe tenerse en cuenta que existen poderosas razones de política criminal para sancionar al autor del delito base también como autor de lavado, precisamente porque dicho ilícito afecta gravemente el orden socioeconómico de cada país; cuestión que no debe ser ajena al Estado, en cuanto éste no tiene como único objetivo la protección de garantías constitucionales (dentro de ellas, el debido proceso legal), sino también otras funciones, como velar por la salud financiera del sistema bancario y tutelar el orden económico de la comunidad. Así también, el delito de lavado suele estar asociado a organizaciones criminales transnacionales cuya forma de actuar es compleja y orientada a la impunidad. Dichos fundamentos no pueden sino, haber sido considerados en el establecimiento de la Convención de las Naciones Unidas; por su objetivo mismo, esto es, impedir la delincuencia organizada Transnacional; y por la detallada regulación del delito de lavado que efectúa en su texto. En conclusión el principio de *“ne bis in ídem”* denunciado por la defensa del imputado no importaría a una doble valoración por parte de los jueces de instancia.

12 Ibid.

- xi. Sentencia. Resulta interesante analizar desde el considerando decimoprimerero al vigésimo primero. En la primera parte se expone que entendemos por el principio de “ne bis in ídem” vinculado con los principios de legalidad y tipicidad. **“DECIMOPRIMERO:** *Que, uno de los principios básicos en el orden penal lo constituye el “Ne bis in ídem” en cuanto prohíbe aplicar a un sujeto, una doble sanción por los mismos hechos, y aun siendo que la Carta Fundamental no lo consagra expresamente, se entiende que es un elemento esencial en el concepto del debido proceso consagrado en el inciso sexto del numeral 3 del artículo 19 constitucional;* **DECIMOSEGUNDO:** *Que, el referido principio está “íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad (...) La explicación radica en que, si un mismo hecho puede ser sancionado varias veces, es porque es ilícito por varios conceptos, por lo que hay una tipicidad múltiple; y semejante tipicidad múltiple no es genuina tipicidad porque, como observa Ramón García Albero, no cumple la exigencia de taxatividad” (Díez-Picazo Luis María, Sistema de Derechos Fundamentales, Thomson, año 2008, 3º Ed., p.474)”*.
- xii. Más adelante se realiza un análisis respecto del caso concreto en el cual se circunscribe la alegación del recurrente en cuanto que la vulneración estaría dada por sancionar al mismo autor del delito de estafa por el delito de lavado de dinero. **“DECIMOTERCERO:** *Que, el requirente advierte que el legislador permitió la imputación y condena del delito de lavado de activos respecto de la misma persona que fuere autor o partícipe del delito base, que en el caso concreto es el delito de estafa, con lo que las disposiciones legales impugnadas son lesivas al principio enunciado”*.
- xiii. El Tribunal Constitucional entiende que para dilucidar si existe algún tipo de vulneración a las normas constitucionales necesariamente debe analizarse el bien jurídico protegido en el delito de lavado de dinero y la naturaleza jurídica del mismo. **“DECIMOCUARTO:** *Que, para dilucidar si las normas jurídicas censuradas presentan deficiencias constitucionales, en términos que, efectivamente, vulneran el “ne bis in ídem” es necesario hacer un breve análisis del bien jurídico protegido en la tipificación de los tipos penales cuestionados, y también examinar si se está ante un delito autónomo o, por el contrario, constituyen hipótesis criminales, consecuenciales del denominado delito base”*.
- xiv. En cuanto al bien jurídico protegido en el delito de lavado de dinero, algunos fallos han calificado que este sería la administración de justicia¹³,

13 Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 18 de agosto de 2008, sentencia RUC 0500683346-4, RIT 51-2008: **“DÉCIMO SÉPTIMO:** (...) *Al respecto, es necesario indicar que lo que quiso proteger el legislador fue la administración de justicia,*

en la misma lógica lo establece el anteproyecto de Código Penal presentado en el año 2018. Otras sentencias, han establecido como bien jurídico protegido el orden socioeconómico¹⁴ y otras que este sería un delito pluriofensivo¹⁵. En la sentencia del Tribunal Constitucional se vincula el bien jurídico protegido con el orden público económico, entregando una definición al respecto y esbozando las razones por las cuales el legislador consideró apropiado este ámbito de protección. Es así como en la sentencia se establece: “**DECIMOQUINTO:** *Que, en relación al bien jurídico protegido, cabe considerar que el ordenamiento constitucional chileno consagra el principio democrático, una de cuyas*

toda vez que la descripción del hecho punible de nuestra legislación actual apunta a la línea de un verdadero tipo autónomo de encubrimiento contemplado en el artículo 17 del Código Penal, dentro de las acciones post delictuales, ya que en dicha norma se afectan bienes jurídicos diferentes a los del delito que se encubre, particularmente en el favorecimiento real y en el personal, donde el bien jurídico lesionado por la conducta del sujeto no es el quebrantado por el hecho encubierto, sino el interés en una recta y expedita administración de justicia, es por ello que la ley, ante la insuficiencia de las figuras normales de encubrimiento ha trasladado supuestos de aprovechamiento personal o receptación a figuras penales sui géneris como el delito de lavado de activos. En conclusión, lo que se debe proteger con la figura del lavado de activos es la administración de justicia en su función de averiguación, persecución y castigo de los delitos”.

- 14 Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 15 de febrero de 2011, sentencia RUC 0700935945-6, RIT 802-2010: “*Que el delito de lavado de activos es un delito de mera actividad y de peligro, puesto que no exige la producción de ningún resultado en su tipo penal. Es además un delito de sujeto activo indeterminado, lo que implica que puede ser cometido por cualquier persona sin que se exija una especial calidad de ella para incurrir en la conducta. Es también un ilícito que si bien posee autonomía clara en lo que respecta al bien jurídico, que está conformado por el resguardo del orden socioeconómico, constituye una figura que depende en su estructura típica de la comisión de un delito previo contenido en la ley 20.000. Respecto de este requerimiento, el artículo 27 de la ley 19.913, señala expresamente que la circunstancia de que el origen de los bienes aludidos sea un hecho típico y antijurídico, no requiere la existencia de una sentencia condenatoria previa”.*
- 15 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2011, sentencia RUC 0800077341-8, RIT 253-2011: “*Ahora bien, en general el bien jurídico ubicado en la tipicidad sirve para interpretar y limitar los tipos penales de resultado en que aquel pasa a identificarse con el objeto del comportamiento. En los tipos de peligro abstracto y en los que protegen bienes jurídicos colectivos y en general en los tipos de consumación anticipada, la idea de bien jurídico carece de funcionalidad real. Es lo que precisamente ocurre con el delito de lavado de activos, porque el bien jurídico carece de relevancia y operatividad práctica, como no sea interpretativa del tipo, dado que este delito se estructura como protector de un bien jurídico colectivo, por medio de la técnica de la consumación anticipada que no exige la efectiva lesión de un bien jurídico concreto para que el delito esté consumado. En consecuencia, la idea de un delito pluriofensivo que protege intereses colectivos resulta más acorde con la propia estructura del tipo en la ley N°19.913, ya que de forma mediata se ataca la administración de justicia y de manera inmediata el orden socioeconómico, en especial la circulación de los bienes del mercado porque todas las operaciones que se realizan en nuestra economía, solo tienen sentido en la medida que todas las personas participen en igualdad de condiciones. En consecuencia, si se afecta el sistema financiero, en la mayoría de los casos también se afecta la libre competencia”.*

manifestaciones es asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, lo que incluye la libertad económica, traducida, concretamente, en la facultad de poder realizar toda actividad de esa naturaleza con la sola limitación que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional (artículo 19 N° 21° constitucional); **DECIMOSEXTO:** Que, de las restricciones señaladas no es posible que la ley permita que la actividad dolosa pueda ser fuente legítima de lucro, es más, ella debe ser sancionada si afecta bienes jurídicos que el legislador estima del caso proteger en defensa de la convivencia social; **DECIMOSÉPTIMO:** Que, el orden público económico es un bien jurídico protegido penalmente, en diversas normas legales, dado que se entiende como “El arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como a las reglas que fijan el estado y capacidad de las personas. En este sentido orden público es sinónimo de orden social (Luis Claro Solar). Por otro lado, se puede sostener que orden público económico es el conjunto de los principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la CPR.” (STC Roles N° s 207, c. 72 y 1144 c. 66); **DECIMOOCTAVO:** Que, conforme al concepto señalado, el legislador ha ido modelando tipos penales que amparan el orden público económico constituyendo un cuerpo legal. En tal sentido, la Ley N° 19.913 que creó la Unidad de Análisis Financiero y modificó disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos; **DECIMONOVENO:** Que, lo anterior se infiere de la importancia que, para la Constitución, tiene el orden público económico y de las normas jurídicas objetadas que, salvo excepciones, mencionan conductas típicas propias del derecho penal económico. Tal como expresa el jurista Novoa Monreal “todo delito económico tendrá como bien jurídico protegido propio algún aspecto del orden público económico concreto establecido en un país determinado” (Novoa Monreal Eduardo, cuestiones de derecho penal y criminología, Ediar, año 1987, p. 179); **VIGÉSIMO:** Que, en la doctrina penal el asunto del bien jurídico protegido no es pacífico, dado que hay tendencias que estiman que el lavado de activos es pluriofensivo, otras que señalan que sería la salud pública, particularmente en lo referido a la Ley N° 20.000, y una posición que sostiene dicha hipótesis estaría reforzando la defensa del bien jurídico del delito base. Sin embargo, cabe considerar que el factor determinante lo constituye la distorsión del mercado financiero y la afectación del orden público económico como elementos garantes de la estabilidad económica y el derecho de todos los partícipes como sujetos en dicho mercado; **VIGÉSIMOPRIMERO:** Que, tales posturas son ajenas al derecho constitucional, considerando, como se ha expresado precedentemente, que es el orden público económico el que responde a los valores y principios establecidos en el texto constitucional, lo que se observa en forma evidente en el caso concreto, cuyo delito base es la estafa”.

- xv. Por otro lado, en cuanto a la naturaleza del delito de lavado de dinero se comienza explicando que se debe analizar la autonomía del delito, para posteriormente analizar si constituyen elementos normativos del tipo o deben ser consideradas un delito de conexión. **VIGÉSIMOSEGUNDO:** *Que, dilucidado, desde el prisma constitucional, el bien jurídico amparado, se hace menester, para llegar a la conclusión de si efectivamente existe vulneración al principio “ne bis in ídem”, pronunciarse acerca de si los tipos penales que contiene la disposición legal impugnada son hipótesis autónomas, constituyen elementos normativos de ellas o es un delito de conexión”. Al respecto, me parece que el Tribunal no plantea estas posibilidades como diversas alternativas imposibles de conciliar, sino que va a analizando cada una de ellas reconociendo la autonomía del delito, la posibilidad de considerar un elemento normativo del tipo y la de entender este delito como un delito de conexión. **VIGÉSIMOTERCERO:** *Que, en general, quienes sostienen la tesis de la autonomía del delito de lavado de activos expresan que “si se considerara al delito de lavado de activos como estructura típica totalmente dependiente del delito previo, simplemente el tipo penal resultaría inaplicable, pues solo generaría la impunidad de los actos concomitantes del sistema económico y generatrices de la ineficacia de la administración de justicia en cuanto a la prevención, investigación y represión de estos delitos, lo que a su vez significa una burla a las expectativas sociales y una defraudación de la finalidad político-criminal que inspiró la configuración del delito de lavado de activos, tanto en los convenios internacionales así como en las propias legislaciones nacionales.” (Gálvez Villegas Tomás, Autonomía del delito de lavado de activos. Cosa decidida y cosa juzgada, 2016 pp.195-196, como se citó en “El delito previo en lavado de activos: ¿autonomía sustantiva o autonomía procesal?” Luis Rubén Yanqui Machaca en Lex N° 20 Año XV-2017-II p. 284)” **VIGÉSIMOCUARTO:** *Que, por el contrario, la tesis de aquellos que estiman que el delito base es un elemento normativo de la hipótesis penal del lavado de activos, fundamentan ello, en que el núcleo del contenido del injusto del delito de lavado de activos requiere siempre un vínculo normativo con el delito base, esto es aquel que origina los bienes ilícitos; **VIGESIMOQUINTO:** *Que, nuestra legislación en esta materia recoge la tesis de que existe una conexión entre el delito previo o delito base con el delito de lavado de activos, y por consiguiente este último tipo penal “es delito de conexión, y exige un delito previo, generalmente de los activos que constituyen sujeto material” (García Caverro Percy, “El delito de lavado de activos”, Editorial IB de F, año 2016, p. 88). De tal manera que, el autor o partícipe en el delito base sólo requiere actuar típica y antijurídicamente, por ello la importancia de lo****

dispuesto en el inciso cuarto, del artículo 27 cuando usa la expresión “un hecho típico y antijurídico”; VIGESIMOSEXTO: Que, por consiguiente, debe entenderse que el delito de lavado de activos en nuestra legislación es un delito de conexión, para los efectos de desvirtuar que el artículo 27 que contempla las hipótesis penales impugnadas, vulneraría el “ne bis in ídem”. Precisamente, el sistema penal nacional consagra un catálogo cerrado de conductas típicas y antijurídicas de donde emanan los activos maculados que ocasiona que los delitos tengan la naturaleza señalada, esto es, que sean delitos de conexión, y por tanto se está en presencia de dos conductas distintas, con lo que no tiene lugar la denuncia en cuanto se estaría juzgando dos veces un mismo hecho”.

3) Capítulo III referido al Principio de irretroactividad de la ley penal

- i. El principio de irretroactividad de la ley penal se consagra en el artículo 19 N° 3 inciso 8 de la Constitución chilena, el cual señala que *“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una ley favorezca al afectado”*. Dicho principio, señala el actor, se recoge además en diversos tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile.
- ii. En el caso sub-lite se reprocha una infracción al principio constitucional en comento, puesto que se imputa el delito de lavado de activos en virtud de haber adquirido con dinero proveniente de una estafa un automóvil y por haber constituido una sociedad. La adquisición del vehículo se efectuó con fecha 20 de enero de 2015 y la sociedad se constituyó el 13 de febrero de 2015, siendo que la Ley 20.818 que contempla a la estafa como delito base de lavado de activos se publicó en el diario oficial con fecha 15 de febrero de 2015. Es decir, ambas acciones se habrían ejecutado con anterioridad a que se incorporara el delito de estafa como delito base del lavado de activos, aplicándose, en consecuencia, una ley penal a hechos verificados con anterioridad a su entrada en vigencia.
- iii. En nuestra opinión, lo señalado por el requirente resulta ser parcial, ya que no se señala que con fecha 27 de abril de 2015 el imputado transfirió el vehículo a un tercero. Del mismo modo, con fecha 26 de febrero de 2015 se solicitó ante el registro de comercio la inscripción de la sociedad, para luego en el mes de abril concurrir nuevamente los tres imputados al saneamiento de la referida sociedad, iniciar actividades en el Servicio de Impuestos Internos y abrir a nombre de la sociedad una cuenta corriente en un Banco. Es decir, no se

mencionan todos los actos que se están imputando como conductas de lavado, los cuales fueron realizados estando plenamente vigente las modificaciones efectuadas por la Ley 20.818 a la Ley 19.913 que incorporaron el delito de estafa como delito base de lavado de dinero.

- iv. Por otro lado, consideramos que las letras a) y b) del artículo 27, contienen verbos rectores cuya verificación se puede efectuar de forma permanente en el tiempo, en consecuencia, el establecer si la conducta sancionada se realizó con posterioridad a la entrada de la Ley 20.818 es una cuestión de legalidad cuyo conocimiento corresponde al juez de fondo. A mayor abundamiento, las letras a) y b) del artículo 27 tipifican las acciones de “ocultar” o “disimular”, cuya perpetración exige el conocimiento de que determinados bienes provienen de la perpetración de algún delito base. La convicción respecto de la configuración del tipo penal requiere de prueba rendida ante el juez de instancia, es decir, requiere de elementos de hecho y derecho.
- v. La sentencia consideró lo señalado por la Fiscalía, estableciendo que al Juez de Fondo le corresponde el análisis de la aplicación de la ley penal vigente al momento de la perpetración de los hechos: **VIGESIMOSÉPTIMO:** *Que, una tercera clase de objeción de la parte requirente está dirigida en contra de las letras a) y b) del artículo 27 de la Ley N° 19.913, en cuanto infringirían lo dispuesto en el inciso octavo numeral 3° del artículo 19 constitucional, dado que tales disposiciones legales habrían entrado en vigor en un tiempo posterior a la constitución de una sociedad denominada “A. P. S.A” y a la celebración de un contrato de compraventa de un automóvil, cuyo precio se habría pagado con dineros provenientes de una acción típica y antijurídica, delito de conexión del tipo penal del lavado de activos; VIGÉSIMO OCTAVO:* *Que, en el caso concreto, el requirente se encuentra formalizado por los siguientes delitos: Estafa, figura prevista y sancionada en el artículo 468 del Código Penal, Infracción al artículo 38 de la Ley General de Bancos; Asociación Ilícita, figura prevista y sancionada en los artículos 292 y siguientes del Código Penal; y Lavado de Activos, figura penal prevista y sancionada en el artículo 27, letras a) y b), de la Ley N° 19.913; VIGÉSIMONOVENO:* *Que, en consideración a lo anterior, esto es, encontrarse el requirente imputado por varios ilícitos, esta Magistratura reitera la doctrina manifestada en STC Rol N° 2957-16 en cuanto a que la ley penal vigente al tiempo de la perpetración de los delitos, corresponde determinarla al juez del fondo y no a esta jurisdicción constitucional”.*

III. Conclusiones

En consideración al análisis desarrollado anteriormente podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1. El tipo penal de lavado de dinero contemplado en el artículo 27 de la Ley 19.913 cumple a cabalidad con las exigencias constitucionales en materia de legalidad y tipicidad penal. La conducta sancionada por el legislador es clara y entendible por cualquier persona. El uso de la expresión de cualquier forma no transforma en ningún caso el tipo penal en una ley penal en blanco abierta, sólo sirve para entender que las formas de cometer el delito son múltiples y dinámicas en el tiempo.
2. No se pueden entender como una fase de agotamiento del delito base las conductas que el legislador especialmente ha sancionado de forma particular, entendiéndose que existe una afectación a otros bienes jurídicos relevantes.
3. Son constitucionalmente compatibles una imputación por el delito base o precedente y el delito de lavado de dinero y lo anterior no afecta el principio de *ne bis in ídem*, en la lógica que estamos ante distintas conductas que se producen en diferentes espacio temporales.
4. El bien jurídico protegido por el tipo penal de lavado de dinero, según el Tribunal Constitucional, es el orden público económico, siendo un bien jurídico reconocido constitucionalmente como relevante.
5. El delito de lavado de dinero es autónomo, ya que en caso contrario sería un tipo penal inaplicable, generando espacios de impunidad de los actos concomitantes.
6. La accesoriad que existe entre el delito de lavado de dinero y el delito base, se explica al entender el delito de lavado como un delito de conexión, siendo únicamente necesario establecer que los bienes provienen de un hecho típico y antijurídico.
7. Los problemas de aplicación de ley en el tiempo, corresponde que sean analizados por el Juez de Fondo y no por el Tribunal Constitucional.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN
RESPONSABILIDAD PENAL
ADOLESCENTE Y DELITOS
VIOLENTOS

METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN DE BANDAS CRIMINALES (MEDBAC)

Omar Mérida Huerta¹

Javiera Díaz Larrain²

Resumen

El respeto de los derechos y garantías de los imputados que guía el actual sistema procesal penal chileno ha tenido cierto retraso en su consolidación operativa, en particular en lo que se refiere a la incorporación de criterios de investigación modernos y acordes a los cambios estructurales que han revestido a dicho sistema. Si bien ha habido avances institucionales importantes en los últimos años, en particular con la creación de los Sistemas de Análisis Criminal y Focos Investigativos (SACFI), la evidencia muestra que en variadas ocasiones la forma de llevar a cabo la investigación penal continúa anclada en los criterios del antiguo Código. Ante esta constatación, y desde las propuestas desarrolladas por las Fiscalías de Focos, se propone un modelo metodológico, MEDBAC, que integre de manera eficiente tres procesos: análisis, investigación y persecución penal, para generar y mejorar el estándar probatorio en casos con imputado desconocido y donde no existe prueba directa, así como para producir conocimiento científico sobre la criminalidad, los modos de operar y las estrategias comisivas de los sujetos. Esta metodología se aleja de la mirada atomizada del caso a caso y del delincuente aislado o autor material de un delito, para posicionar los recursos de los que dispone la acción penal pública en objetivos más eficientes a mediano y largo plazo.³

- 1 Abogado, Fiscal Jefe de la Fiscalía de Flagrancia y Primeras Diligencias de la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente, especializado en tráfico de drogas, lavado de dinero y crimen organizado, quien se desempeñó como Fiscal Adjunto de la Unidad de Análisis Criminal y Focos Investigativos de la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte entre los años 2017 y 2018.
- 2 Doctora en Derecho y Ciencia Política, Magister en Criminología, Psicóloga, Analista Criminal de la Unidad de Análisis Criminal y Focos Investigativos de la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Ministerio Público.
- 3 El presente trabajo fue elaborado a partir de la experiencia investigativa de los autores en su trabajo en la Unidad de Análisis y Focos Investigativos de la Fiscalía Centro Norte, y específicamente en la investigación y persecución de un grupo criminal que operó en el centro de Santiago, tomando como base los lineamientos generales del Sistema de Análisis Criminal y Focos Investigativos de la Fiscalía Nacional.

I. Introducción

La investigación criminal puede entenderse como una respuesta inmediata a un hecho que reviste características de delito. El acaecimiento de este hecho genera una obligación del Estado de reaccionar, buscando esclarecer quiénes han sido los responsables para ejercer su poder sancionatorio sobre ellos. En el marco del debido proceso esta respuesta es regulada en la investigación y en la persecución penal, teniendo a la vista los derechos del investigado. La regulación se centra entonces en el respeto a los derechos y garantías del imputado, como un contrapeso del poder del Estado frente al individuo, cuidando las formas de ejercicio de este poder. No obstante, este principio general de respecto a los derechos y garantías de los imputados no ha tenido una bajada operativa que considere criterios de investigación modernos y acordes a los cambios estructurales que han revestido al sistema procesal penal chileno. Por el contrario, la evidencia muestra que la forma de llevar a cabo la investigación penal continúa anclada en los criterios del antiguo Código que solía regular en detalle las pruebas que debían reunirse, la forma en que debían obtenerse y el valor que éstas tenían.

Esta constatación genera un problema metodológico relevante dado que la transformación del sistema procesal penal no consideró un cambio investigativo⁴. A diferencia de lo que ocurría en el pasado, el actual sistema está basado en la libertad probatoria que supone un proceso absolutamente abierto, público y contradictorio, donde las pruebas son desmenuzadas en detalle en un juicio oral.

En este escenario, y en ausencia de metodologías acordes a la apertura, publicidad y contradicción en las que se basa el proceso y el sistema probatorio, la investigación y su capacidad de erigir un plexo probatorio eficiente, ha tendido a operar con criterios divergentes y, en muchos casos, discrecionales por parte de los intervinientes lo que tiende a repercutir en la calidad y eficacia de la prueba, así como en la capacidad del Estado de dar respuestas idóneas a los conflictos penales en los que está llamado a actuar.

La regla general hoy es la reacción ex-post del sistema ante el hecho consumado buscando reconstruir históricamente únicamente el hecho que

4 Desde la experiencia, es posible señalar que si bien existen normas generales de investigación que fueron introducidas con la nueva ley, estas reglas no han tenido una bajada operacional que permita identificar un modelo de investigación que pueda ser aplicado y evaluado por entidades internas y/o externas al Ministerio Público, esto genera que las actuales mediciones se centren en los resultados de las investigaciones y de los juicios y no en los procesos, invisibilizando aquellas etapas de la investigación donde existen mayores falencias como es, por ejemplo, la coordinación con las policías.

está frente a nuestros ojos. Si Pedro aparece muerto, habrá que averiguar quién lo mató. En el contexto de la respuesta penal, habrá que pensar en encontrar pruebas de quién es el autor, sin embargo, esta búsqueda suele volverse imposible cuando no existen víctimas vivas, testigos o cámaras que registren el hecho, pues parece haberse asentado la convicción de que, a ojos de los jueces, no hay mejor prueba que estar viendo, como si se estuviera allí, a aquel que mató a Pedro.

Si bien es cierto, se ha avanzado en los últimos años en esta materia y ha habido fallos relevantes en materia de prueba indiciaria, aún subsiste en tribunales la necesidad de exigir prueba directa.⁵

Pero, ¿qué sucede cuando no hay registro y/o cuando el autor busca justamente la clandestinidad para obtener impunidad? La lamentable consecuencia es que hechos más graves, con mayor planificación y cuyos autores son más avezados, corren con ventaja, pues las posibilidades de contar con lo que se conoce como “prueba directa”⁶ del delito es prácticamente nula. De hecho, el grueso de la decisión de término temprana de archivo provisional se ampara exactamente en esta constatación: si no hay autor conocido (flagrancia) ni medios de prueba (directa) no es eficiente iniciar siquiera una investigación. Tanto se ha consolidado esta visión que las mismas defensas suelen abrir sus alegatos en juicio oral intentando instalar que el caso “no tiene prueba” o bien “no tienen prueba directa”. Esta circunstancia, motivada por la sed de prueba directa tanto de jueces, fiscales como defensores, ha vuelto ineficiente no sólo la investigación sino también la acción penal pública en su conjunto, dado que aquel problema penal que no es resuelto en las primeras 24 horas se convierte, en la mayoría de los casos, en un problema sin resolver.

Pues bien, ¿significa esto que debemos desechar los casos sin “prueba directa”? Si así fuera, no sólo se estaría descartando perseguir penalmente la mayoría de los delitos que acontecen, sino que, se estaría excluyendo la investigación dentro del proceso penal.

La investigación no consiste, o al menos no únicamente, en levantar evidencia inmediata y unívoca. En efecto, podríamos pensar que en casos de flagrancia y/o registro audiovisual del delito y autor es posible prescindir de una estrategia investigativa, pues las pruebas son tan claras y se obtienen de forma tan inmediata que vuelven innecesario un trabajo de reconstrucción o

5 La Academia de la Fiscalía impartirá el año 2019 por primera vez dentro de su curso de formación de Fiscales, un curso de Prueba Indiciaria.

6 Consiste en aquellas pruebas que permiten al tribunal formar su convicción por la observación propia y directa del hecho.

deconstrucción probatorio más profundo. Aquí no hay ciertamente eficiencia investigativa, sino circunstancias externas a la investigación que facilitan probar la participación de un determinado sujeto en un delito.

¿Cómo entonces reposicionar la investigación como estrategia indispensable para dar una respuesta penal efectiva y eficiente? El surgimiento de las unidades de análisis, tanto en la Fiscalía como en las Policías, ha comenzado a nutrir la estrategia investigativa al incorporar a la investigación el análisis criminal como herramienta de producción de información útil para la detección de fenómenos criminales inadvertidos a simple vista y para el uso y administración de servicios policiales preventivos, sin embargo, sus aportes son aún subutilizados en la producción de medios probatorios que den eficiencia a la persecución penal. Se advierte el fenómeno, se incrementa la acción policial sobre éste, pero no se entiende el análisis en sí mismo como un posible medio de establecimiento de hechos.

Sostenemos aquí que el análisis criminal contribuye a precisar el fenómeno investigativo, sus causas y características, permitiendo de esta forma seleccionar medios de prueba específicos que aun sin ser “directos”, examinados en su relación lógica horizontal y vertical hacia el hecho investigado, permiten llegar a un resultado probatorio de calidad no sólo respecto de un caso, sino sobre todo respecto de fenómenos criminales complejos que implican organización, especialización y desarrollo de habilidades criminales por parte de los autores.

La eficiencia no está asegurada sólo al perseguir aquello que de antemano sabemos que podemos probar en forma directa e inapelable. Utilizar los recursos públicos para construir conocimientos que permitan comprender y resolver un mayor número de hechos es sin duda una mirada más acorde con el cumplimiento de los fines de la acción penal pública donde, más que el azar o la imprudencia del autor, es la inteligencia analítica e investigativa la que sustenta el éxito de la persecución penal.

En el presente artículo se examinarán estrategias y metodologías de análisis, investigación y persecución penal orientadas a la producción eficiente de conocimiento y pruebas en relación a hechos complejos (fenómenos criminales) y grupos de sujetos inicialmente desconocidos (agrupaciones criminales), de manera de generar un primer mapa hacia la consolidación de un método eficaz de persecución penal, cuando las evidencias y relaciones entre los hechos y los sujetos no se presentan en forma clara ni inmediata.

II. Hacia una metodología de investigación de bandas criminales: MEDBAC

Se propone avanzar en la articulación de los recursos disponibles dentro de un modelo metodológico que integre de manera eficiente tres procesos: análisis,

investigación y persecución penal. Se apunta a que esta lógica no sólo permita generar y mejorar el estándar probatorio en casos con imputado desconocido y donde no existe prueba directa -que sin duda son mayoritarios- sino generar conocimiento científico sobre la criminalidad, los modos de operar y las estrategias comisivas de los sujetos, generando a su vez modelos analíticos e investigativos innovadores capaces de comprender la realidad y eventualmente anticiparse al delito o, al menos, a la consolidación de asociaciones criminales que van adquiriendo sofisticación, eficiencia e impunidad a medida que cimientan modelos de actuación capaces incluso de camuflarse dentro de actividades y mercados legales.

En concreto, la metodología se aleja de la mirada atomizada del caso a caso y del delincuente aislado o autor material de un delito, para posicionar los recursos de análisis, investigación y persecución penal en objetivos más eficientes a mediano y largo plazo: los *fenómenos criminales y las agrupaciones o asociaciones delictuales*.

De este modo se trabaja desde una perspectiva de focalización eficiente de los recursos que incorpora en forma simultánea: a) La focalización en una multiplicidad de acciones o modos de operar que configuran fenómenos delictivos y b) La focalización en las asociaciones que establecen los sujetos que intervienen en los fenómenos y desempeñan diversos roles en las actividades criminales.

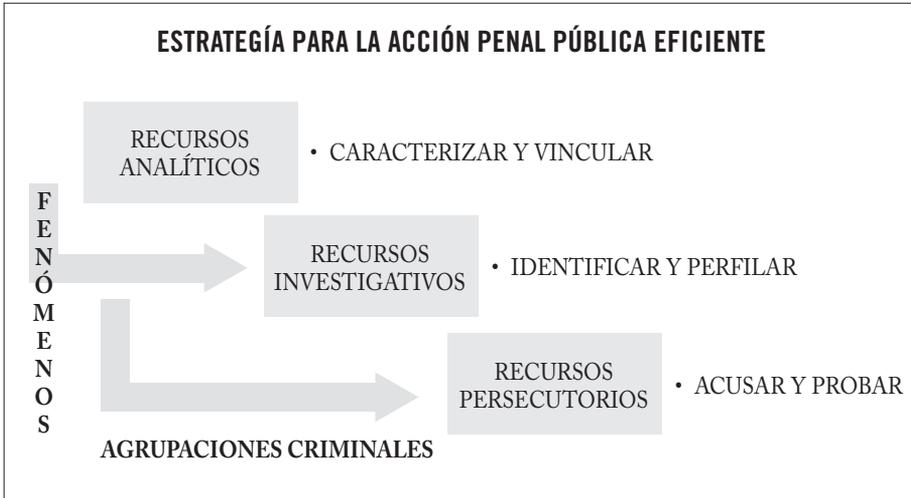
El primer objetivo metodológico es entonces analítico y consiste en caracterizar un fenómeno criminal y determinar la posible vinculación de los hechos a una o más bandas o agrupaciones criminales⁷.

Posteriormente se trabajará el aspecto investigativo cuyo objetivo es identificar y perfilar grupos criminales asociados al fenómeno.

Finalmente, y desde los recursos persecutorios, el objetivo es obtener pruebas de la participación del grupo y de sus integrantes en los hechos objeto de investigación para generar una formalización y acusación con alto estándar analítico, investigativo y probatorio.

7 La centralidad de la agrupación por sobre la identificación de autores individuales, tal como se argumentará más adelante, se justificó por el hecho de que la identificación o incluso detención de sujetos no alteró la ocurrencia de hechos delictivos en cuestión, pues en este caso, como en muchos otros, la asociación o agrupación no es reducible a la suma de sus integrantes, los cuales son fácilmente reemplazables por el sistema criminal en el cual se insertan. Por su parte, la información más relevante para comprender y probar la participación de los sujetos en los hechos investigados es de carácter relacional más que personal.

Cada uno de los objetivos planteados anteriormente contempla acciones que van articulando un modelo de investigación eficiente que genera conocimiento analítico e inteligencia persecutoria, como se muestra en la siguiente gráfica.



En definitiva, la finalidad de esta propuesta es identificar las estrategias operativas de investigación que permiten probar no sólo la participación de los sujetos en los hechos investigados sino los vínculos entre las causas y entre los sujetos.

A partir de esta estrategia metodológica general se proponen estrategias específicas de análisis, investigación y persecución penal las cuales serán descritas, esquematizadas y ejemplificadas a continuación a través de la exposición de un caso real de investigación de bandas desarrollado por un equipo compuesto por Fiscal, analista criminal y administrativo operativo de la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte durante finales de 2017 y principios de 2018.

A. Estrategias para la identificación y caracterización de Fenómenos Criminales

Un fenómeno criminal se puede identificar y caracterizar a través del análisis de patrones criminales⁸, los cuales permiten evidenciar formas de comisión que se repiten en diversos hechos, los cuales vistos desde este enfoque socio-

⁸ Siguiendo a Paul y Patricia Brantingham (1993), se puede definir un patrón criminal como la interconectividad reconocible entre diferentes aspectos asociados a un hecho delictivo, entendiendo que tanto los propios hechos criminales, como el proceso mismo de comisión de estos hechos obedecen a patrones.

jurídico, pueden ser vinculados entre sí con diversos parámetros. En particular, y según la Asociación Internacional de Analistas Criminales (IACA⁹), los patrones mínimos a considerar para caracterizar un fenómeno son:

Serie de delitos (*Series*): Grupo de delitos de características similares o vinculables, que se presume son cometidos por el mismo sujeto o grupo de sujetos.

Ola de delitos (*Spree*): Alta frecuencia de ocurrencia de sucesos durante un período corto de tiempo. Puede deberse al aprovechamiento intensivo de una oportunidad concreta para obtener un beneficio en el corto plazo.

Víctima de alto riesgo (*Hot Prey*): Existencia de un tipo de sujeto o sujetos que comparten características similares o comportamientos parecidos y que, debido a esto, serían preferidos por los criminales para ser victimizados/as.

Producto preferido (*Hot Product*): Existencia de un bien o especie que es de preferencia para los infractores, constituyendo como el objetivo de la actividad criminal.

Zona de alto riesgo (*Hot Spot*): Ocurrencia de un grupo de sucesos delictuales similares en lugares cercanos.

Lugar de alto riesgo (*Hot Place*): El concepto de lugar de alto riesgo se refiere a la ocurrencia de un grupo de delitos similares en el mismo lugar.

Escenario de alto riesgo (*Hot Setting*): Ocurrencia de un grupo de delitos similares en un tipo de lugar determinado.

La lectura de carpetas investigativas es una de las principales fuentes de información y análisis.

Una forma inteligente de seleccionar causas para cotejar su posible vínculo, sea por las modalidades comisivas o por los supuestos responsables, es delimitar un tiempo y territorio que nos permita hacer un zoom detallado de lo que ocurre en un determinado momento y lugar, e ir parametrizando dicha lectura de manera de determinar si efectivamente podrían estar vinculadas entre sí.

Otra alternativa es realizar una primera selección por delitos en un territorio más amplio donde es posible seleccionar en base a víctimas preferidas, especies o bien armas o medios utilizados para la comisión. En ambos casos la

9 International Association of Crime Analysts (IACA), Definiciones de Patrón del Crimen para análisis táctico, Comité de Estándares, Métodos y Tecnología (SMT). Libro Blanco 2011-01.

aplicación de parámetros es sólo una primera fase que deberá complementarse con un análisis más profundo que implica diversas acciones, tal como se describirá a continuación.



1. Acciones para identificar y caracterizar fenómenos criminales

Dentro de las acciones concretas para identificar y caracterizar fenómenos criminales se encuentran las siguientes:

- a) Recopilar y sistematizar información: Búsqueda de causas y análisis de información de fuentes externas (policías, municipios, juntas de vecinos, locatarios, medios de comunicación, etc.).

El levantamiento de información debe considerar como mínimo los siguientes parámetros:

- Delitos asociados
- Características de imputados o sospechosos
- Lugares y horarios de ocurrencia de los hechos
- Utilización de armas u objetos específicos
- Características de las víctimas
- Especies sustraídas
- Particularidades comisivas (medios de transporte, forma de abordaje, etc.).

- b) Individualización del fenómeno: Selección de causas susceptibles de ser vinculadas entre sí. No sólo es importante considerar patrones en la modalidad comisiva sino también en las características de los autores de los delitos y sus modos de operar.

La individualización de un fenómeno implica su caracterización pormenorizada considerando al menos los siguientes parámetros:

- Tipología delictual
- Número y caracterización de imputados
- Características de los lugares de ocurrencia, días y horarios
- Especies sustraídas
- Formas de abordaje de las víctimas

- c) En esta etapa se realizan búsquedas dirigidas considerando delitos, lugares, horarios y palabras claves que hayan sido relevadas en el levantamiento de información inicial.

Identificación de patrones que permitan establecer la participación de bandas: Los patrones delictuales se pueden definir como la interconectividad reconocible entre diferentes aspectos asociados a un hecho delictivo. En particular, es importante orientar la definición de dichos patrones a las características de los sujetos y sus modos de actuar.

Algunas preguntas que orientan el establecimiento de patrones para vincular hechos a sujetos o bandas son:

- ¿Actúan solos o en grupo? Número de sujetos que participan en las acciones.
- ¿Tienen características específicas identificadas por las víctimas? Sexo, edad, nacionalidad, características físicas, marcas corporales, que permitan caracterizar a los sujetos.
- ¿Tienen una forma particular de abordar? Se identifican roles, performance o diálogos característicos.
- ¿Utilizan un tipo de arma u objeto?
- ¿Buscan especies preferidas?
- ¿Cuáles, cómo y cuándo abordan a las víctimas?
- ¿Se identifican actitudes violentas, engañosas o distractoras, características?

2. Resultados esperados

Los resultados que se esperan son los siguientes:

- a) Fenómeno delictual caracterizado;
- b) Causas asociadas al fenómeno;
- c) Patrones con base analítica que caractericen a sujetos y bandas involucradas en los hechos.

Por ejemplo, a partir de una **alerta** proveniente de diferentes fuentes, externas (policías y Equipo de Seguridad Municipal de Santiago) e internas (Equipo de Primeras Diligencias, Fiscalía Centro de Justicia y Equipo de Primer Contacto), se evidenció una creciente preocupación por el **aumento de la violencia en la forma de comisión de algunos delitos considerados de oportunidad**, en particular los **robos en la vía pública de la comuna de Santiago**. Ante esta situación, desde octubre de 2017, la Fiscalía de Análisis Criminal y Focos Investigativos comenzó a levantar información para evaluar si se estaba frente a un fenómeno criminal susceptible de ser abordado desde la metodología investigativa de Focos.

Se efectuó una **búsqueda dirigida para seleccionar causas** a revisar **considerando delitos, lugar** de ocurrencia, período (enero a octubre 2017) y algunas **palabras claves** que habían sido reportadas como alerta (bicicleta, cuchillo, grupo, extranjeros).

Se procede a la **lectura inicial de más de 200 denuncias** ingresadas al sistema y a parametrizar aspectos relevantes para caracterizar el fenómeno y a los eventuales sospechosos.

PARÁMETRO DE LECTURA Y ANÁLISIS	PATRONES ENCONTRADOS
Delitos asociados	Robos con violencia e intimidación, Robos con Homicidio.
Lugares y horarios de ocurrencia de los hechos	Parques de la comuna de Santiago en horario nocturno (desde las 22:00 a las 3:00).
Utilización de armas u objetos específicos	Principalmente cuchillos y en algunas ocasiones armas de fuego las cuales no sólo utilizan como forma de intimidación, pues con alta frecuencia las utilizan para ejercer violencia hacia las víctimas (en más de un 50% de los casos se constatan lesiones por apuñalamiento).

<p>Características de las víctimas</p>	<p>Mayoritariamente de sexo masculino (52%) adultos jóvenes con un promedio de edad de 33 años que realizan deporte en los parques de la comuna de Santiago en horario nocturno y que se encuentran solas o en pareja.</p>
<p>Especies sustraídas</p>	<p>Bicicletas, celulares, mochilas, bolsos, billeteras y dinero en efectivo.</p>
<p>Particularidades comisivas (medios de transporte, forma de abordaje, etc.)</p>	<p>En un gran número de delitos (más del 80%), los imputados van directamente a enfrentar a la víctima para luego robar por medio de la intimidación y/o violencia. Lo que deja ver una conducta avezada y probablemente experimentada, que no sólo busca apropiarse de bienes ajenos, sino que además da cuenta de un menosprecio por la vida e integridad física de las víctimas que evidencia un alto compromiso delictual y bajo nivel de integración de los sujetos en las reglas de convivencia social.</p> <p>Se trataría de sujetos que actúan, principalmente en grupos de más de dos sujetos, se movilizan a pie o en bicicletas e intimidan y/o violentan a víctimas que se encuentran en la vía pública, solas o acompañadas por otro sujeto. Los sospechosos, son identificados como jóvenes, extranjeros (dominicanos y/o colombianos).</p>
<p style="text-align: center;">FENÓMENO DELICTUAL IDENTIFICADO Y CARACTERIZADO: “LA BICICLETA VIOLENTA”</p> <p>Lugar de comisión: Parques y plazas de la comuna de Santiago (Parque Almagro, Paseo Bulnes, Palacio de la Moneda, plaza Santa Ana y parque Los Reyes)</p> <p>Horario de comisión: nocturno. Todos los hechos ocurren entre las 22 horas y las 03 am.</p> <p>Forma de comisión: Uso desproporcionado de la violencia, las víctimas son rodeadas por un grupo de personas, extranjeros, morenos, en bicicleta o a pie, con armas blancas o eventualmente de fuego, con extrema violencia, que lesionan a las víctimas e incluso les causan la muerte.</p> <p>Características de los autores: Jóvenes, delgados, morenos, extranjeros, dominicanos o colombianos, en bicicleta o a pie, con cuchillos, de discurso racista.</p> <p>Especies sustraídas: Teléfono celular, billeteras, dinero en efectivo, bicicletas.</p>	

B. Estrategias para la identificación de agrupaciones o bandas criminales

La delincuencia individual subsiste y probablemente lo hará por siempre, no obstante, en la actualidad al igual que los mercados lícitos, resulta difícil ser exitoso en el mercado ilícito actuando individualmente, por lo que cada vez es más frecuente observar que los actores buscan asociarse a pares para asegurar el resultado, favorecer la impunidad, o aumentar el resultado ganancioso.

En la región son numerosos los ejemplos de criminalidad organizada que controla territorios, mercados ilícitos e incluso mercados lícitos. Sin duda la experiencia más dramática y cercana la podemos encontrar en Colombia, donde las asociaciones criminales han permeado todos los niveles sociales y gubernamentales¹⁰. Esta realidad si bien parece aún lejana, nos confronta con la necesidad de evaluar la realidad local desde una perspectiva más amplia que contemple la globalidad que han adquirido las organizaciones criminales, la apertura de sus mercados más allá de las fronteras nacionales y las propias condiciones de vida y aspiraciones de un número creciente de jóvenes (chilenos e inmigrantes) cuyas redes sociales y culturales están ancladas al mundo delictual o se encuentran cercanas a ellas.

A pesar de que hace más de cincuenta años la sociología funcionalista avanzó en el estudio empírico y la proposición teórica respecto de las bandas y lo que se denominó como “subculturas criminales” (Cohen, 1956), en Chile estas teorías criminológicas se encuentran ausentes de las metodologías de análisis e investigación en ámbito penal (Sánchez, 2008) donde la investigación insiste en radicarse en el hecho individual, tal vez constreñida por una legislación y jurisprudencia demasiado exigente en materia asociativa, tal vez por la impericia investigativa y de litigación en materia de prueba indiciaria y de análisis de grupo, o incluso por la falta de estudios empíricos que permitan generar conocimiento local en la materia. No obstante, es importante mencionar que en los últimos años la investigación y producción teórica nacional¹¹ ha tenido importantes avances, sobre todo¹² desde el análisis jurídico/normativos, de jurisprudencia y, en algunos casos, también desde perspectivas criminológicas, en esta línea es que se hace relevante seguir avanzando para ir robusteciendo la producción

10 Existen diversos estudios que reflejan esta realidad principalmente en materia de corrupción, un análisis reciente realizado por COHA (Council on Hemispheric Affairs) analiza las redes de corrupción que han operado en importantes casos judiciales, al respecto ver De Luque, María del Pilar (2018). “Corrupción Política en Colombia”. A Reporto f Council on Hemispheric Affairs, julio 2018, Washington DC.

11 Al respecto ver Carnevali, R. (2014) Couso, J. (2015), Mañalich, J. P. (2011), Salinero, S. (2015), Segovia, A. (2009).

12 Ver Carnevali, R. (2014) Couso, J. (2015), Salinero, S. (2015).

académica y la capacidad de dirigir investigaciones en este sentido, la cual, tal como plantean numerosos autores, presenta aún desarrollos incipientes en Chile.

No es liviano decir que las bandas criminales más allá de su giro propio generan un importante volumen de actividad delictiva periférica. El error ha consistido fundamentalmente en ignorar la banda y observar el producto de ésta. Este abordaje aislado, atomizado, impide descubrir el origen de la actividad delictiva y confrontarla adecuadamente. Los postulados clásicos de los sociólogos de Chicago¹³, sin embargo, no alcanzan a explicar la diversidad, complejidad y flexibilidad de las agrupaciones y subculturas delictuales actuales, es necesario construir nuevos mapas teóricos, de análisis e investigación que nos permitan guiar de manera eficiente la acción penal pública.

En nuestra propuesta, se parte de la base de que las bandas criminales son un motor generador de distintos tipos de delincuencia. Para detectarlas, es imprescindible realizar un examen detallado de las variables que intervienen en el desarrollo y consolidación de las bandas sin caer en la tentación de hacer coincidir la realidad con conceptos preestablecidos o perspectivas teóricas dogmáticas¹⁴. Por el contrario, nos parece que es la realidad, y un análisis riguroso de la misma, lo que nos permitirá trazar caminos de investigación tendientes a la comprensión y consecuente desarticulación de agrupaciones criminales de diversa índole.

Regularmente, la investigación busca un sujeto determinado como posible partícipe del hecho. En nuestra perspectiva es viable y deseable identificar un conjunto de sujetos que posiblemente han intervenido en los hechos que interesa investigar. Operando sobre la base de sujetos identificados o identificables, se propone realizar acciones concretas de análisis para identificar, caracterizar y vincular a los sujetos investigados.

13 En particular nos referimos a los desarrollos de las teorías de la Anomia de Merton para quien el crimen organizado es una respuesta normal a las presiones ejercidas por la estructura social donde se produce una tensión entre los objetivos (económicos, estatus, etc.) y medios para conseguirlos; La asociación diferencial de Sutherland que destaca al aprendizaje como explicación de la criminalidad asociativa; y finalmente las teorías de la desorganización social de Shaw y Mckay, quienes destacan el componente territorial y de contagio de la cultura criminal.

14 Se sugiere abandonar las definiciones a priori de grupo, pandilla, banda, asociación, etc. para avanzar en la identificación y caracterización de grupos específicos que pueden contener elementos de índole diversa, con jerarquías y roles flexibles y mutables en el tiempo, y que, analizados desde un prisma de definición ya desarrollada en otros contextos, pueden caer en la invisibilización de elementos estratégicos fundamentales. La idea no es perder de vista que la finalidad no es sólo producir conocimiento sino, sobre todo, conducir la acción penal de forma sólida y eficiente.



1. Acciones concretas para identificar y caracterizar sujetos y agrupaciones

- a) Vincular sujetos a los hechos investigados – búsquedas periféricas que permitan formar un listado de sujetos de interés posiblemente vinculados al fenómeno. Algunas estrategias de búsqueda relevantes son:

Búsqueda de sujetos detenidos por delitos similares o vinculados en el territorio investigado y sectores aledaños. Por ejemplo, si el delito investigado es robo con intimidación y violencia durante la noche, la búsqueda puede contener delitos de porte de armas, receptación, lesiones, homicidio, consumo de drogas y microtráfico.

Filtro de sujetos según características (edad, sexo, nacionalidad, etc.) y modos de operar (grupos, utilización de armas, violencia desmedida, etc.).

- b) Información de controles de identidad en las inmediaciones del lugar de comisión identificado.

- c) Generar un listado de sujetos de interés, identificar antecedentes, características y situación penal pasada y actual para determinar un primer listado de candidatos.
- d) Identificar la existencia de relaciones entre los sujetos investigados a través de compañeros de delitos, relaciones familiares, domicilios y redes sociales.
- e) Identificar sujetos vinculados para establecer la existencia de uno o más grupos.
 - Caracterización de los vínculos encontrados, levantamiento de pruebas gráficas (fotos y videos) que los vinculen.
 - Establecer formas de relación de los sujetos más allá de los delitos a los cuales se vinculan (amistad, vínculos familiares, vecindad, actividades deportivas, musicales, laborales, etc.) y roles de los integrantes (evidenciar la existencia de especializaciones, jerarquías, o sujetos que establecen y alimentan la identidad del grupo).
- f) Caracterización pormenorizada de los sujetos y sus vínculos. Idealmente generar un modelo gráfico I2 para trabajar con los sujetos, hechos y vínculos asociados al fenómeno.
- g) Incluir una caracterización patrimonial de los sujetos y sus vínculos, identificando las inconsistencias entre los recursos financieros de los que disponen los sujetos y las actividades remuneradas que realizan, permitiendo detectar patrimonios provenientes de actividades lícitas e ilícitas.

2. Resultados esperados

Los resultados esperados son la identificación y caracterización de la Banda o grupo de sujetos, como asimismo de las vinculaciones entre sí. Por ejemplo, luego de contar con una **caracterización preliminar** y general de los sujetos posiblemente involucrados en los delitos: jóvenes, delgados, de tez morena, extranjeros, posiblemente dominicanos o colombianos, movilizados en bicicleta o a pie, premunidos de cuchillos, de discurso racista y que delinquen principalmente en el sector de Parque Los Reyes de la comuna de Santiago, se procedió a realizar **búsquedas más específicas** para comenzar a construir un **listado de sujetos de interés** que podrían estar relacionados con los hechos o bien que podían aportar información sobre los mismos.

BÚSQUEDA DE SUJETOS	SUJETOS DE INTERÉS ENCONTRADOS
Imputados conocidos en las cercanías del lugar de ocurrencia	Sujetos extranjeros controlados y/o detenidos en las cercanías del Parque Los Reyes.
Búsqueda periférica de imputados conocidos por delitos vinculados en sectores de interés	Sujetos con causas por otros delitos (porte de armas, consumo de drogas, tráfico y microtráfico, lesiones, receptación) cuyo lugar de comisión fuera en un radio cercano al Parque.
Sujetos con características específicas vinculadas a las descripciones de las víctimas y testigos	Sujetos jóvenes, de nacionalidad extranjera (colombianos, peruanos, dominicanos, haitianos, ecuatorianos, venezolanos, etc.) con antecedentes penales que estuvieran en libertad a la fecha de comisión de los delitos.
<p>Estas búsquedas dieron como resultado un listado de más de 70 sujetos, considerando compañeros de delito y vínculos en redes sociales, lo que permitió identificar a un grupo de sujetos dominicanos y en menor número colombianos que tenían antecedentes por similares delitos y modos de operar, vinculados en redes sociales que se movilizan en el sector de Parque de Los Reyes: El coro de la Leche.</p>	

C. Estrategias operativas de eficiencia investigativa

Idealmente estas estrategias se ponen en marcha en forma paralela a la ejecución de las estrategias de análisis descritas anteriormente dado que la idea es que se articulen y complementen en la recopilación de pruebas, no sólo de la participación de los sujetos en los hechos investigados, sino también de los vínculos entre las causas y entre los sujetos.

En definitiva, se espera levantar información en terreno, recuperar material probatorio, realizar peritajes y otras diligencias para determinar la existencia de un grupo de sujetos responsables de una serie de hechos que constituyen un fenómeno y foco investigativo.

1. Acciones concretas de la estrategia de investigación en terreno

Dentro de las acciones concretas que deben realizarse, se encuentran las siguientes:

- a) Establecimiento de un plan de persecución penal por parte del Ministerio Público para la dirección de la acción penal pública.
- b) Formación de un equipo policial de apoyo con competencias idóneas para la investigación de los hechos y sujetos de interés¹⁵.
- c) Capacitación del equipo policial: Es relevante establecer un proceso de inducción a la metodología de focos y de persecución de bandas criminales para motivar a los funcionarios, reducir las brechas de conocimiento y establecer estándares de actuación idóneos a la complejidad de la investigación.
- d) Establecer y transparentar objetivos de la investigación y los resultados esperados.
- e) Establecer protocolos de actuación e investigación claros y evaluables (conurrencia y trabajo en el sitio del suceso, toma de declaración, presentación de informes, etc.).
- f) Establecer un calendario de reuniones de retroalimentación donde el equipo policial presenta los avances, resultados y dificultades del proceso al Fiscal a cargo de la investigación.

2. Resultados esperados

- a) Validación de las hipótesis de análisis a través de la recuperación de elementos probatorios de los hechos, vínculos y participación de los actores.
- b) Producción de conocimiento respecto de los modos de operar de las agrupaciones, los sujetos, sus roles y su vinculación en el tiempo.

Por ejemplo, una vez producido un primer y amplio listado de posibles sujetos y de haberlos caracterizado a través de la información del sistema SAF, Registro Civil e información abierta de redes sociales, se procedió a generar una estrategia para corroborar las hipótesis de análisis en terreno y comenzar

¹⁵ Por ejemplo, es deseable que en investigaciones complejas se constituya una fuerza de tarea interdisciplinaria con funcionarios de áreas complementarias, tanto a nivel de análisis como de recursos operativos.

a trabajar en el esclarecimiento de los hechos y la participación de un grupo de personas en ellos. Lo anterior implicó una serie de acciones tendiente a acercar al equipo policial a la metodología de análisis y persecución penal de fenómenos y bandas criminales, así como comenzar a establecer protocolos de actuación idóneos para realizar un trabajo minucioso y objetivo de investigación orientado a la producción de pruebas.

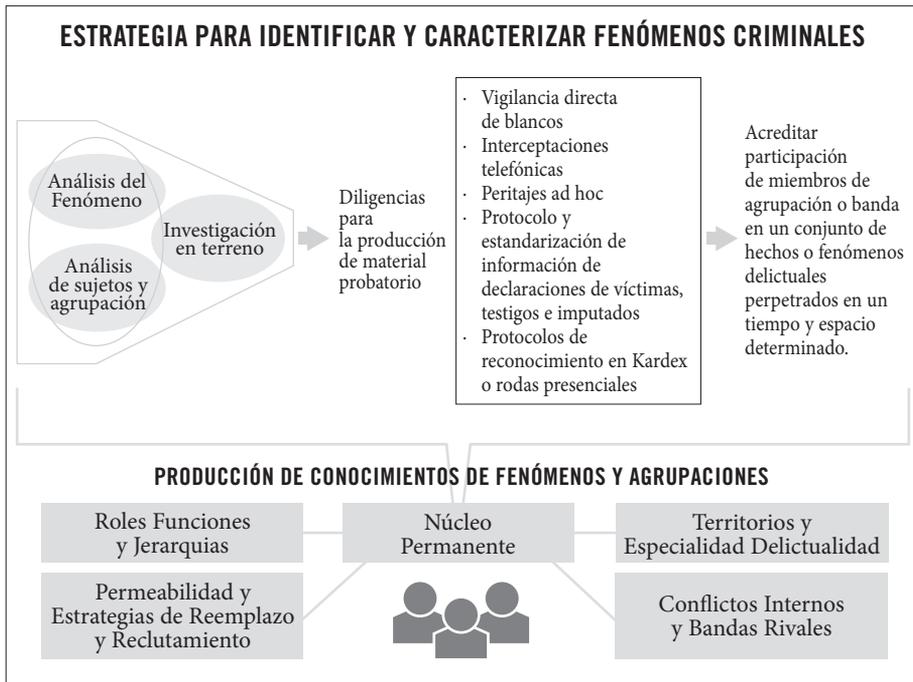
OBJETIVOS	ACCIONES REALIZADAS
Establecer un plan de persecución penal.	<p>Objetivo general del plan: Investigar, dirigir la acción penal y aprehender personas y/o bandas criminales que se dediquen a cometer los delitos señalados y reducir la percepción de inseguridad evidenciada en la zona.</p> <p>Objetivos específicos: Identificar a sujetos relacionados con delitos señalados, en la zona señalada; Indagar si existen vinculaciones que permitan definirlos como una banda delictual o agrupación de delincuentes.</p>
Formar un equipo policial exclusivo.	<p>Equipo Fuerza Tarea de la PDI encabezado por Brigada de Homicidios (3 funcionarios) e integrado por 2 funcionarios de BIRO y 1 de Extranjería.</p>

<p>Establecer protocolos de actuación e investigación claros y evaluables.</p>	<p>Reunión de coordinación con equipo policial y reportabilidad de éste, una vez por semana.</p> <p>Trabajo en base a órdenes de investigar e instrucciones particulares, las que serán enviadas vía email y/o se entregarán personalmente.</p> <p>Toma de declaración de víctimas y testigos relacionados con el foco.</p> <p>Con el propósito de lograr la identificación de las/os imputadas/os, realizar trabajo policial de campo y vigilancias discretas en los lugares donde regularmente se han cometido delitos.</p> <p>Establecer una minuta de interrogación estándar para víctima, puntos mínimos a considerar para efectos de detectar los patrones, fortalecer las declaraciones y hacer una corroboración mutua entre las distintas víctimas (que no se conocen).</p> <p>Previo a realizar los reconocimientos en set fotográficos en las distintas causas, se debe haber identificado al sospechoso a exhibir y que se incluirá en el set. Dentro de lo posible, el set fotográfico deberá ser visado por el Fiscal, previo a la diligencia de reconocimiento.</p> <p>Declaración de todos los imputadas/os asociadas/os a un foco y que hayan sido formalizados o identificados inequívocamente. Esta diligencia debe realizarse antes de deducir una eventual acusación en la causa y tiene por objeto establecer su versión de los hechos, de manera de evitar tesis alternativas generadas en función del juicio oral. Dentro de lo posible, deberá citarse al abogado defensor, para que esté presente en la diligencia.</p> <p>Como diligencia estándar para todas las causas integrantes del foco, previo a solicitar una orden de detención o autorización judicial para entrada y registro, deberá chequearse, dejando el registro respectivo en la carpeta de investigación, que el imputado reconocido, al momento de la ocurrencia de los hechos, se encontraba vivo, libre y dentro del país.</p> <p>Las diligencias de entrada y registro deberán ser planificadas previamente con la policía y se les deberá entregar una minuta pormenorizada con los elementos que deben ser incautados.</p>
---	---

<p>Establecer un calendario de reuniones de retroalimentación.</p>	<p>A partir de los protocolos y órdenes de investigar se realizaron reuniones de retroalimentación una vez al mes, se solicitó envío de pre-informes policiales para su revisión antes de la entrega final incorporada en las carpetas y se solicitó la exposición y presentación periódica de los resultados parciales del trabajo investigativo de campo.</p>
<p>A partir de octubre de 2017 se contó con un equipo policial interdisciplinario de dedicación exclusiva el cual fue capacitado en investigación de fenómenos y bandas criminales, y que llevó a cabo todas las diligencias investigativas requeridas siguiendo los protocolos establecidos y recabando información relevante que corroboró la existencia de una banda autodenominada el Coro de la Leche, sus vínculos de amistad y en redes sociales, así como su presencia cotidiana en el sector investigado, además se recopilaron antecedentes de otros delitos que podrían estar relacionados con la agrupación y de dinámicas de rivalidad con otros grupos también de nacionalidad dominicana. Finalmente, el trabajo permitió fijar domicilios, rutinas y teléfonos de los sospechosos, los cuales fueron fundamentales para implementar medidas intrusivas y diligencias más complejas orientadas a la producción de material probatorio.</p>	

D. Estrategias para una acción penal pública eficiente que obtenga resultados investigativos y persecutorios

El objetivo final que persiguen estas estrategias es llevar a juicio medios de prueba objetivos respecto de la participación del grupo y de sus integrantes en los hechos analizados e investigados para generar una formalización y acusación con alto estándar analítico, investigativo y probatorio, como se ilustra en la imagen siguiente.



1. Acciones concretas para una acción penal pública eficiente

- a Identificados los integrantes del grupo criminal, instruir al equipo policial abocarse a la interceptación de las comunicaciones telefónicas. El objetivo de esta acción es determinar vínculos entre los integrantes, funciones, roles, lugares frecuentados, y relación específica con los delitos materia de la investigación.
- b Protocolo de declaración generado por la Fiscalía. El objetivo es mejorar la recaudación de información esencial de las víctimas (características físicas de hechos, forma de operar, especies sustraídas), estandarizando la información con miras a elaborar kárdex fotográfico.
- c Vigilancia física en los domicilios de los investigados para determinar rutinas, vías de movimiento y traslado.
- d Coordinación con equipos policiales especializados que puedan facilitar información relevante¹⁶ y participación de reuniones o procedimientos. La finalidad de recabar información, aproximarse a modos de operar,

¹⁶ Por ejemplo, Departamento de Extranjería, Departamento de Delitos Económicos, Drogas, etc.

lugares físicos y personas vinculadas al grupo y conocer de manera más profunda los escenarios a intervenir.

- e Identificar a los integrantes permeables del grupo criminal. El objeto de entrevistarlos para obtener información interna del grupo (composición, roles, funciones, lugares, etc.).
- f Establecer un mapa de la agrupación, los delitos y los sujetos que integre análisis, investigación y resultados de las diligencias (pruebas) que permita guiar la acusación, los alegatos y la puesta en escena durante el juicio.

2. Resultados esperados

Los resultados esperados de la estrategia para la acción penal pública eficiente son los siguientes:

Acreditar la participación de una agrupación o banda criminal en una serie de hechos que configuran fenómenos criminales.

Obtener sanciones acordes a la gravedad de los hechos y a la responsabilidad que les cabe a los miembros de la asociación criminal.

Por ejemplo, luego de las primeras aproximaciones del equipo policial al territorio y grupo investigado se generaron estrategias más directas para el levantamiento de pruebas direccionadas a comprobar o bien descartar la participación de los miembros del grupo en los hechos investigados. Esta etapa implicó un repaso riguroso de todos los hechos, toma de declaración a todas las víctimas y testigos, acercamiento a los sospechosos y cercanos a ellos para determinar sus rutinas y eventualmente conseguir una cooperación voluntaria con la investigación. Al mismo tiempo, se evaluó la posibilidad de solicitar medidas intrusivas para esclarecer de manera más concreta las relaciones entre los sujetos, sus actividades y su participación en los hechos investigados. Estas últimas diligencias implicaron presentar al tribunal una síntesis de la metodología de análisis e investigación que justificara las medidas solicitadas, lo cual tuvo resultados positivos que permitieron contrastar las dificultades que se presentan cuando no se cuenta con pruebas directas e inmediatas de los hechos y los sujetos que los realizan. A continuación, se muestra la tabla con las diligencias realizadas y sus resultados.

DILIGENCIAS	RESULTADOS
Declaración de víctimas y testigos	Se tomaron más de 30 declaraciones a víctimas y testigos de los hechos investigados de las cuales 20 arrojaron resultados positivos al corroborarse descripciones detalladas de los hechos y sujetos, además de reconocimientos fotográficos de 16 de los sujetos identificados previamente como sospechosos.
Declaración de imputados	Se tomó declaración a todos los imputados formalizados en presencia de sus respectivos abogados defensores, obteniéndose en la mayor parte de las declaraciones reconocimiento de la participación de los sujetos en los hechos y en la banda, cuestión que ha permitido corroborar las hipótesis iniciales de análisis y profundizar el conocimiento respecto del grupo y sus integrantes.
Interceptaciones telefónicas	Se obtuvo autorización judicial para interceptar todos los teléfonos que fueron obtenidos a través de la investigación operativa (en total 40) en las distintas etapas de la investigación permitiendo corroborar vínculos, participación en hechos investigados y en nuevos hechos asociados a la agrupación.
Vigilancias físicas	Se logró identificar y corroborar domicilios, amistad y vínculo de los sujetos, así como contactar a testigos que voluntariamente accedieron a colaborar con la investigación y prestar declaración respecto de los sujetos y los hechos investigados
Mapa de banda	A través de todas las diligencias realizadas se logró establecer un mapa con los miembros de la banda e identificar a los líderes de las mismas, así como a los sujetos más permeables.

<p>Órdenes de detención, entrada y registro</p>	<p>Finalmente, y una vez que se contó con un plexo probatorio contundente y unívoco respecto de la participación de los sujetos en los hechos, se ideó una estrategia de detención, entrada y registro en tres etapas: primero a los miembros permanentes y líderes de la agrupación por los delitos más graves (homicidios y robos calificados), lo cual permitió debilitar su actuar y obtener una baja significativa de la violencia y comisión de delitos en el sector, además el hecho de que los delitos fueran de carácter relativamente diverso respecto del fenómeno inicial, permitió no alertar a los demás miembros respecto de las medidas intrusivas e investigación en curso. Una segunda etapa consideró al grueso de los miembros que habían participado de forma grupal y generalmente comandados por los líderes en los robos del sector, lo cual dio como resultado una operación de detención más masiva con incautación de especies robadas (teléfonos, bicicletas y relojes principalmente) y de otros elementos ilegales como armas, municiones y drogas. Esta segunda etapa permitió que prácticamente se extinguiera el fenómeno en el sector quedando desbaratada la agrupación en su conjunto. La tercera etapa consistió en formalizar a todos los sujetos por nuevos hechos que se habían ido esclareciendo durante la investigación y solicitar órdenes de detención para aquellos pocos sujetos que no se había podido ubicar previamente.</p>
--	--

El **resultado del análisis, investigación y estrategia persecutoria fue la obtención de un gran número de indicios que corroboran la participación de los sujetos en los hechos investigados y su agrupación en una banda** dedicada a realizar robos y comercializar droga. Además, surgieron antecedentes para una **nueva investigación de una banda rival** más avezada y con sujetos de mayor edad que mataron a uno de los líderes del Coro de la Leche durante el transcurso de la investigación y que ha abierto un nuevo foco de análisis asociado a éste, la autodenominada “Banda de los Chuky” o “Guachupiteros”¹.

Respecto de los resultados de la acción penal pública, actualmente hay **13 imputados formalizados**, todos ellos en prisión preventiva o internación provisoria, en su mayoría han confesado y reconocido participación en los hechos que se les imputan, además hay **2 sujetos condenados y 3 con orden de detención vigente**. Se espera así mismo lograr condena para todos los imputados y desbaratar prontamente a la banda rival.

Respecto de los delitos y el impacto de la acción penal pública en la realidad, se pudo constatar una **disminución significativa de los delitos de robo con intimidación y violencia y robos calificados en el sector investigado**, pasando de 22 en el mes de noviembre de 2017 a registrarse sólo 1 en el mes de abril de 2018.

III. Síntesis de los Focos y Acciones de Análisis, Investigación y Persecución Penal

La metodología y estrategias sintetizadas previamente responden a una necesidad práctica que se evidenció en el curso de una investigación compleja, en que no existían pruebas directas ni inmediatas y donde las características del fenómeno hacían que a simple vista se presentara como poco eficiente desarrollar una investigación. Sin duda, de no haberse mirado los hechos en su conjunto para describir patrones en los modos de operar y vínculos entre los delitos, el destino de las causas involucradas habría sido el archivo provisional. Y es justamente aquí donde radica la importancia de sistematizar el proceso, compartirlo y ponerlo a disposición del Ministerio Público para ser discutido y mejorado a partir de otras experiencias, pues de no haberse emprendido este camino continuaríamos teniendo víctimas por estos graves delitos, la agrupación delictual probablemente se habría consolidado en mayor medida en el territorio y se estaría dando un mensaje de impunidad respecto a delitos de oportunidad cometidos en forma concertada y con extrema violencia.

A partir del examen de la realidad y de su lectura desde conocimientos empíricos de las ciencias sociales y criminológicas, tenemos certeza que las actuales condiciones sociales y económicas de nuestro país lejos de influir positivamente en la contención de hechos de esta naturaleza, conspiran a favor del acrecentamiento de la violencia y la proliferación de agrupaciones delictuales cuya forma de operar y composición no es estática ni responde a las definiciones clásicas de banda o asociación criminal al estilo cartel de narcotráfico o asociación mafiosa¹⁷. Si bien algunos elementos de estas subculturas criminales persistirán dada su efectividad, en la mayoría de los casos se van articulando con nuevas formas culturales y económicas que van flexibilizando los vínculos y las identidades criminales de los sujetos, es por esto que nos parece necesario ir avanzando en forma paralela a estos cambios y complejidades, construyendo conocimiento y asentando procesos objetivos de trabajo basados en una aproximación científica a la realidad que permita dar una respuesta eficiente a delitos graves que de otra manera probablemente quedarán impunes.

MEDBAC es una primera aproximación estratégica que va más allá del caso a caso y del sujeto individual o autor material buscando comprender las dinámicas delictuales en un mundo globalizado y tecnológico donde sólo la inteligencia analítica, investigativa y persecutoria podrán dar el ancho para responder a la complejidad y normalización de la criminalidad violenta y organizada de nuestros tiempos generando conocimiento que permita destinar en forma eficiente los escasos recursos de los cuales se dispone.

A modo de cierre, presentamos a continuación una tabla síntesis que muestra los principales focos y objetivos de la metodología, así como las acciones y diligencias mínimas que deberían ser consideradas a la hora de afrontar fenómenos atribuibles a grupos de sujetos más o menos organizados, al mismo tiempo, confiamos que un trabajo en esta dirección ayudará en un futuro a comprender en forma más amplia la asociación ilícita flexibilizando los estándares probatorios actualmente lejanos a la realidad y complejidad de nuestros tiempos.

17 Es importante considerar que la flexibilidad del trabajo y los mercados, así como la globalización y la capacidad de operación transnacional de los agentes, son aspectos que no sólo han afectado las economías y mercados lícitos, también impactan en los mercados ilícitos y en las asociaciones criminales, las cuales han ido evolucionando a partir de los cambios culturales que experimentan nuestras sociedades.

MEDBAC	
<p>SUJETOS INVESTIGADOS: Establecer la historia personal del investigado o un perfil personal multifactorial y relacional.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Denuncias en que éste es mencionado en cualquier calidad. - Causas vigentes en los sistemas de Fiscalía. - Registro de condenas. - Movimientos migratorios. - Relaciones parentesco. - Registro histórico de domicilios. - Propiedades y vehículos registrados a su nombre. - Figuración en redes sociales. - Situación patrimonial o actividad económica conocida. - Hechos que le son atribuidos que no figuren en el sistema formal.
<p>TERRITORIO INVOLUCRADO: Establecer el o los territorios de influencia y acción de los sujetos investigados.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Determinación del lugar en que el o los sujetos investigados viven actualmente. - Determinación del lugar en que trabaja o desempeña su actividad lucrativa lícita o ilícita. - Determinación del lugar en que desarrolla otras actividades (deportivas, recreativas).

<p>HECHOS INVESTIGADOS: describir los patrones delictuales observados en las actividades delictuales realizadas, sea por los sujetos de interés, así como en el territorio identificado como problemático.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Determinación de los tipos penales involucrados. - Determinación del modo de operar (participación). - Especies involucradas. - Medios comisivos. - Mercado delictual. - Lugar favorito. - Situación temporal (con miras a generación de línea de tiempo que desarrolle la historia delictual). - Tiempo de ejecución. - Lugar de ejecución. - Medios comisivos empleados. - Sujetos sindicados o relacionados. - Medios de prueba disponibles y la relación de estos en los diferentes casos registrados.
<p>GRUPO DELICTUAL</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Determinación de integrantes estables y sujetos relacionados. - Determinación del vínculo (parentesco, amistad, vecindad, compañero de delito o reclusión). - Características del vínculo (permanente, ocasional, temporalidad, jerarquía, funcionalidad). - Roles. - Territorio. - Especialidad delictual.

INFORMACIÓN RESIDUAL Y PRODUCCIÓN CONOCIMIENTO

Es fundamental considerar que luego de una investigación de bandas se obtiene información del funcionamiento y dinámica no sólo grupal sino también del territorio de influencia de la misma, donde usualmente un grupo se disputa con otro grupo el territorio para el despliegue de su actividad delictual. Este conflicto exterioriza o hace visible la actividad delictiva del grupo, permitiendo observar en una serie de casos la actividad de choque y delitos asociados a estos, así mismo erradicar un solo grupo sin mirar alrededor puede, en forma contraproducente, fortalecer a otro grupo criminal. Por lo tanto, a partir de la detección del grupo opositor, debe aplicarse inmediatamente el mismo patrón de búsqueda y clasificación de la información.

Una vez recopilada la información, el abordaje investigativo identifica la existencia y composición de un grupo delictivo, situado territorialmente, con una actividad delictiva específica, y se relaciona la información disponible de las diversas causas para construir una línea de tiempo histórica del fenómeno, que no sólo grafique su desarrollo sino que además explique las motivaciones de los hechos más graves, permitiendo de esta forma clarificar la información al tribunal y sirviendo adicionalmente como medio de prueba en tanto método investigativo que aporta un elemento de juicio lógico a los sentenciadores más allá de la simple evidencia material o del testimonio directo. El análisis respectivo aporta al juez la historia de un proceso que, unido a la prueba material y testimonial recogida, toma sentido y relevancia en el juicio oral.

Toda esta información debe idealmente ser sistematizada para que no se pierdan antecedentes recabados tanto de los sujetos involucrados como sus redes y los territorios de influencia, dado que la experiencia indica que sujetos con un alto compromiso delictual, como es el caso de la mayor parte de aquellos que participan de agrupaciones o bandas criminales continuarán delinquir o volverán a delinquir en un futuro en caso de ser neutralizados, además es muy difícil que una investigación de fenómenos logre acreditar la participación de todos los sujetos de la banda, por lo tanto información obtenida de aquellos que no pueden ser imputados es relevante para futuras investigaciones y para poner atención preventiva en los territorios por parte de las autoridades competentes.

Finalmente, la aplicación de una metodología en el tiempo permite probar su eficiencia y corregir aquellas acciones o decisiones que no aportan resultados o eficiencia al proceso, lo cual genera un punto de partida más avanzado para futuras investigaciones y alentar a analistas, fiscales y policías a indagar más allá de la evidencia directa teniendo una mayor probabilidad de éxito.

Referencias

Brantingham, P. y Brantingham, P. *Environment, Routine, and Situation: Toward a Pattern Theory of Crime*. En Clarke, R. y Felson, M. (eds) *Routine Activity and Rational Choice, Advances in Criminological Theory, Volume 5*, New Brunswick, USA, Transaction Publishers, 1993.

Cohen A. *Delinquent boys: the culture of the gang*. NY, New York: Free Press, 1963.

Fiscalía de Análisis Criminal y Focos Investigativos (2017). Reporte de Análisis de Propuesta de Foco. Documento interno, FOCO N°11 Robos con violencia, intimidación y robos calificados perpetrados por grupos de sujetos en la comuna de Santiago.

IACA (2011). *Crime Pattern Definitions for Tactical Analysis; Standards, Methods, & Technology (SMT) Committee White Paper*. Documento recuperado en: http://www.iaca.net/Publications/Whitepapers/iacawp_2011_01_crime_patterns.pdf

Sánchez Rodríguez, S. *Subculturas Criminales. Un estudio de sociología de la desviación*. Santiago de Chile, ARA Editores, 2008.

DESDE LOS REFLEJOS DE LA VIOLENCIA ARMADA Y RUMBO AL CONTROL Y PERSECUCIÓN DE LAS ARMAS DE FUEGO: HACIA UNA EXPERIENCIA REPLICABLE DESDE LA INVESTIGACIÓN Y EL ANÁLISIS CRIMINAL EN LA ZONA SUR DE SANTIAGO¹

Patricio Rosas Ortiz²

I. Introducción

Iniciar provocativamente un (re) enfoque de la perspectiva de política penal integrada, dirigido a la identificación del Problema de las Armas de Fuego, es el objetivo del presente trabajo. Desde una contextualización vinculable a los principales delitos que manifiestan de manera transversalizada los reflejos de la violencia armada, verificar una transición que permita caracterizar los medios comisivos, hacia una determinación de la naturaleza del armamento utilizado. De esta manera, y si en su mayoría corresponde a elementos de carácter registral en los sistemas estatales, obligará al énfasis en estos objetos de peligro: En sostener su control de tres ejes: Inscripción, Fiscalización y Extracción de las armas de fuego. Así, desde una decisión consciente y explícita de carácter Político-Criminal, impulsar la atención en la conflictiva disponibilidad de las armas de fuego, que cruza los principales delitos violentos, en miras a una propuesta común para los Barrios de alta complejidad de Chile, en clave del Sistema de Análisis Criminal, y esperamos, desde un Observatorio Nacional de la Violencia Armada.

II. Contexto Inicial, Inquietudes y Hallazgos Relevantes

Una sensación persistente que es posible percibir desde los operadores jurídicos del sistema procesal penal reformado, de corte acusatorio, es el de conocer de los casos que tramitan, sólo una vez que ya han acontecido los hechos delictuales de los que se imponen. Dicha sensación permanente de

1 El presente trabajo deriva de una profundización selectiva, de una línea investigativa que comparte el autor con Don Raúl Guzmán Uribe, con quien además ha publicado y presentado anteriormente en diversos concursos, artículos y foros. Por ello, parte de la información expuesta proviene del trabajo realizado y expuesto conjuntamente.

2 Fiscal Jefe del Sistema de Análisis Criminal y Focos Investigativos de la Fiscalía Regional Metropolitana Sur.

una tardía llegada del brazo punitivo, que empuja a la urgente búsqueda del esclarecimiento del hecho que ya aconteció y la identificación de los responsables que ya cometieron el delito, es especialmente patente en aquellos delitos de comisión violenta, como el Homicidio, las Lesiones, o los Robos, y proponen un desafío para trascender del ejercicio investigativo reconstructivo, hacia uno que permita comprender fenómenos, ambicionando incluso eventualmente poder anticiparse a su comisión.

Esta percepción comprometida por intentar hacer algo más y abandonar el paradigma pasivo de reaccionar sólo ante un hecho ilícito grave, es la que motiva desde el Análisis Criminal e Investigativo, la búsqueda de elementos comunes que vinculen dichos ilícitos y permitan adelantar en su comprensión de manera integral, obstaculizando de manera oportuna el acceso al medio comisivo con el que se ejecutarían dichos delitos violentos, previa identificación de la relación existente entre aquellos delitos de mayor gravedad, como los Homicidios y aquellos delitos que están relacionados a los medios de comisión más utilizados: las armas de fuego.

Inicialmente, desde una exploración ejemplar, hemos considerado revisar los delitos de Homicidio en atención a las siguientes características:

1. ¿Cómo se comportan los Homicidios?

Los delitos de Homicidio, debido a sus características particulares, evidencian desde un cadáver o de una persona lesionada con riesgo vital, el destinatario del ataque doloso, y son los que presentan una menor cifra negra, ya que casi en su totalidad son denunciados e investigados, ya sea directamente o derivados desde una presunta desgracia que detona la búsqueda y verificación o, desde un hallazgo de cadáver en el cual con posterioridad se constate la participación de terceros.

Considerando que los Homicidios son una expresión emblemática de la violencia, para abordarlo de la manera más ampliamente comprensiva posible, hemos decidido incorporar en su revisión, en sus diversos grados de desarrollo, a saber: Consumado, Frustrado y Tentado, por lo que, desde ahora, al referirnos a “Homicidio”, lo entenderemos en sus tres grados.

Quedará para futuras experiencias incorporar aquellos casos de “Lesiones”, que en términos genéricos abarca delitos tipificados como Mutilaciones, Castraciones, Lesiones Graves, Menos graves y Leves. Aunque no constituyan la mayoría de casos, es posible advertir investigaciones que inician como Homicidio Frustrado y que, en el transcurso de las pesquisas, derivan en Lesiones Graves u otros delitos; existen también casos en el sentido inverso, que iniciadas como Lesiones, luego devienen en Homicidio Frustrado, según refiera el informe del Servicio Médico Legal que las lesiones fueron “necesariamente mortales de no haber mediado oportuno socorro o atención médica”.

2. Contexto de los Homicidios en el territorio jurisdiccional de la Fiscalía Regional Metropolitana Sur

La Fiscalía Regional Metropolitana Sur se encuentra emplazada en una zona compleja y vulnerable de la capital de Chile, abarcando 12 comunas y una población total aproximada de 1.650.000 habitantes, en la cual se encuentran diversos barrios o sectores de alta complejidad debido a sus niveles de violencia: la Población Legua Emergencia, en la comuna de San Joaquín; las poblaciones El Castillo y Santo Tomás, en la comuna de La Pintana; la población San Gregorio, en la comuna de La Granja; la población Santa Adriana de la comuna de Lo Espejo; la población La Victoria de la comuna de Pedro Aguirre Cerda, y las poblaciones Marta Brunet y Bajos de Mena en la comuna de Puente Alto, entre otros sectores complejos, según la adjetivación emanada de la priorización del Gobierno Regional Metropolitano.

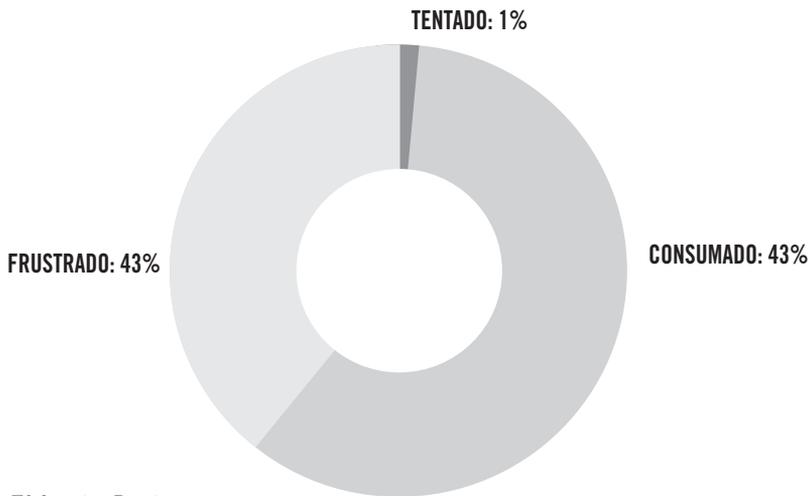
Como fuente de información, tal Fiscalía cuenta con el Sistema de Apoyo a los Fiscales (SAF), en el cual se ingresan y dejan registro de las denuncias, instrucciones y diligencias realizadas por la Fiscalía y por las policías.

Esta Fiscalía registró a través de la plataforma SAF, entre los años 2010 y 2017, aproximadamente 1800 casos de Homicidio informados por Carabineros de Chile y por la Policía de Investigaciones. Debe advertirse que no se desglosa cuántas personas fueron víctimas en cada caso, pero por regla general, cada caso corresponde a una víctima.

3. Análisis estadístico del grado de desarrollo del delito y medios comisivos³

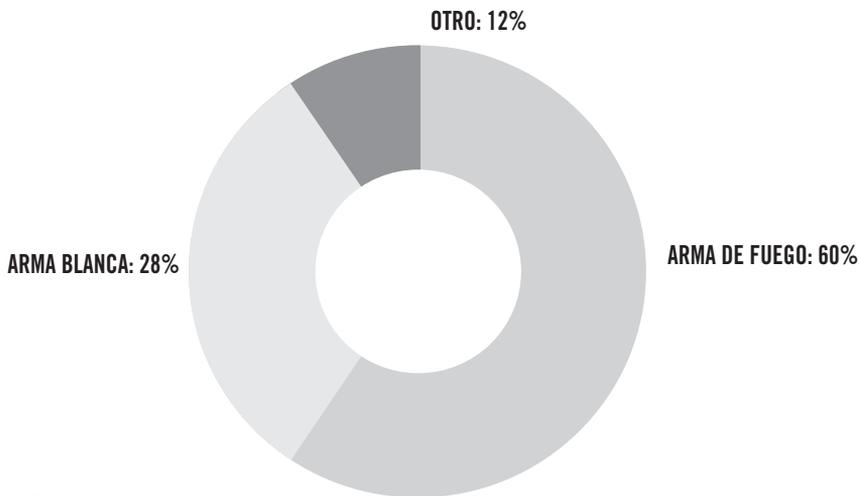
En lo que respecta al grado de desarrollo del delito, del universo total de casos analizados entre los años 2010 a 2017, en un 56% devino en la muerte de la víctima (Homicidio *Consumado*), mientras que un 43% se pudo verificar como grado de desarrollo *Frustrado*, y tan sólo un 1% se consideró en grado imperfecto de desarrollo *Tentado*.

3 Los siguientes gráficos son compartidos también en la obra común referida en la bibliografía: GUZMÁN, Raúl y ROSAS, Patricio “El Problema de la disponibilidad de Armas de Fuego que Transversaliza los Delitos Violentos: Hacia una Propuesta de Control de Armas de Fuego en Barrios de Alta Complejidad de la Zona Sur de Santiago en clave del SACFI.”, págs. 2 y 3 [en línea]. En: *Buenas Prácticas para en Análisis Delictual en América Latina 2018*. Motorola Solutions Foundation, FPC, e International Association of Crime Analysts IACA. Área de Análisis y Estudios de Fundación Paz Ciudadana, 2018. [fecha de consulta: 04 abril 2019]. A partir de dicha obra, y con permiso del presente autor, GUZMÁN expone una presentación en PowerPoint publicada en la página de la Fundación.



Fuente: Elaboración Propia

Adicionalmente, al analizar los medios comisivos utilizados, datos constatables desde el examen de autopsia o de lesiones; del universo de casos analizados entre los años 2010 a 2017, un 60% fue cometido con arma de fuego, mientras que un 28% se perpetró con arma blanca, y un 12% con otros medios.



Fuente: Elaboración Propia

Se puede inferir desde los datos recogidos, en primer lugar, que gran parte de los Homicidios cometidos en la Zona Sur de la Capital se cometen con armas de fuego (60%) y que su uso es altamente letal (56% Consumados). Así también, pudimos constatar que sólo en una mínima fracción de los Homicidios es posible recuperar el arma homicida.

4. El aporte de SACFI ante esta realidad

El **Sistema de Análisis Criminal y Focos Investigativos** de la Fiscalía Metropolitana Sur nace el año 2017, y se rige por el catálogo de delitos seleccionados por el Fiscal Nacional que se enfoca principalmente en delitos contra la Propiedad, sin perjuicio que desde 2018 incorpora los contenidos en la Ley de Control de Armas.

Complementariamente al análisis de los delitos de homicidio, consideramos apropiado realizar la cuantificación en una muestra representativa del catálogo de los delitos contra la propiedad calificados por el Fiscal Nacional para el año 2017, destacando que del análisis de 13 Focos Delictuales declarados por el Fiscal Regional Metropolitano Sur, comprensivos de 487 casos, en el 60% de ellas se declara la presencia de armas de fuego en la comisión del ilícito.

En coincidencia con los Homicidios, sólo en una mínima fracción de los Robos es posible recuperar el arma de fuego, impidiendo determinar con exactitud con qué tipo de armas se cometen, como se ha referido en los trabajos compartidos anteriormente⁴.

Para aproximarse a una comprensión de la realidad del problema de la violencia armada en una región, y extrayendo la información desde el propio Sistema de Apoyo a los Fiscales (SAF) como fuente de datos, consideramos que un abordaje adecuado debe estructurarse en los siguientes pasos:

- Seleccionar los delitos de Homicidio
 - Considerar un tramo temporal, en nuestro caso, desde el año 2010 a 2017.
 - Distinguir el grado de desarrollo (Consumado/Frustrado/Tentado), sin excluir los resultados para ampliar la perspectiva del fenómeno.
 - Identificar el medio comisivo de los mismos (Armas de Fuego/Arma Blanca/Otros).
- Seleccionar los delitos de Robo con Violencia e Intimidación
 - Considerar los Focos por Delitos contra la Propiedad de 2017.
 - Identificar el medio comisivo referido en los mismos.

Se evidencia preliminarmente un común denominador entre los delitos investigados por SACFI y los Homicidios: en ambos, el uso de armas de

4 GUZMÁN, Raúl y ROSAS, Patricio, ob. cit., p. 4.

fuego es predominante por sobre otros medios comisivos: tanto en los Delitos de Homicidio, así como en los Delitos Violentos y contra la Propiedad, en un aproximado 60% participan las armas de fuego como medio comisivo declarado, aunque no recuperado. Por extensión, es posible aseverar que las Armas de Fuego constituyen un factor que potencia de manera transversal la comisión de diversos delitos de connotación violenta y de impacto social. Esto obliga, necesariamente, a reforzar los intentos por dificultar el acceso a las armas de fuego para ser utilizadas en la comisión de delitos.

5. Delitos de la familia de la Infracción a la Ley de Control de Armas

Ante la dificultad en la determinación del tipo de armas que se utilizan para cometer robos y homicidios (por su escasa incautación en esas investigaciones), se debe dirigir la mirada hacia el conjunto de tipos penales que vinculan los delitos de la Ley N° 17.798, sobre control de armas y, en específico, en aquellos relacionados a las conductas de porte, posesión y tenencia ilegal de armas de fuego, para poder caracterizar el tipo de armas que se incautan en ellos. Esas incauciones nos permitirán identificar un patrón de uso de armas de fuego en los delitos que investigamos.

6. Análisis de los delitos de la Ley de Control de Armas

Para la realización de un adecuado análisis territorial, separaremos tres grandes universos de delitos de la Ley de Control de Armas: las “tenencias”, los “portes” (o “portaciones” en Argentina) y “otros”⁵.

Respecto a la primera clasificación, hemos considerado como “tenencias” todos aquellos delitos que implican un resguardo del arma dentro de la esfera de protección del imputado, al interior de su domicilio particular, laboral o de cualquier otro lugar o espacio físico (bodega, domicilio de un tercero, “caleta”, etc.) en que se mantenga una custodia del arma, independiente del título o calidad que el sujeto detente respecto del arma; se aleja así, de una distinción típica del derecho civil entre posesión y tenencia, pues en la práctica penal se trata de conceptos mucho más amplios que llegan a confundirse; sólo quedan excluidos de esta conducta, aquellos poseedores

5 GUZMÁN, Raúl y ROSAS, Patricio. “Hacia una adecuada investigación y persecución de delitos de armas de fuego en poblaciones emblemáticas de la zona sur de Santiago” [en línea]. En: *Buenas Prácticas para el Análisis Delictual en América Latina 2016*, Motorola Solutions Foundation, FPC e International Association of Crime Analysts IACA. Área de Análisis y Estudios de Fundación Paz Ciudadana, 2017, págs. 207. [fecha de consulta: 04 abril 2019].

con permisos autorizados y vigentes por la autoridad competente, que mantengan el arma en el domicilio señalado en la inscripción. Estos delitos suelen configurarse tras investigaciones de mediano y largo plazo que, luego de lograr reunir los antecedentes e indicios suficientes para verificar la comisión de los delitos, devienen en una Orden de Entrada y Registro respecto a los inmuebles identificados como lugares de tenencia o acopio de armas y municiones.

Los “*portes*”, a diferencia de la primera clasificación, agrupan todos aquellos delitos en los cuales el imputado mantiene una aprehensión material del arma, o de los elementos sujetos a control de la Ley, fuera del lugar de resguardo o protección, es decir, guardando, ocultando o teniendo el arma consigo, adosada a su cuerpo, ropa o al interior de un bolso, banano o similares, ya sea se encuentre en la vía pública, al interior de un vehículo particular, transporte público o situaciones similares. En estos casos, quedarían excluidas aquellas personas que excepcionalmente tienen permiso de porte para defensa personal, y aquellas personas que transportan un arma, con permiso de transporte vigente y cumpliendo con la normativa (desarmada, descargada y dentro de un bolso o maleta de transporte).

Los “*otros*” delitos contemplados en la Ley 17.798, suelen incluir delitos y denuncias distintas a los señalados anteriormente, además de situaciones que no son constitutivas de delito ni falta administrativa, pero sí son hechos de interés para el análisis criminológico. Se trataría, por ejemplo, de las denuncias por exhibición pública de armamento, amenazas con arma de fuego, disparos en la vía pública, hallazgos de armas o municiones realizados en la vía pública. Se excluyen expresamente, a pesar de ser hechos de interés criminológico, las entregas voluntarias de armamento, por tratarse de una herramienta que promueve el desarme voluntario, asegurando a quien entrega, que no será sujeto a persecución penal. También se excluyen otros tipos de delitos relacionados a armas de fuego (como lesiones, daños o robos) debido a que su estudio debe enfocarse desde las perspectivas propias de su naturaleza.

En relación a tal Familia de Delitos Categorizados, en el desglose recién referido de “Tenencias, Portes y Otros”, y para formarnos una impresión diagnóstica basal, debemos concentrarnos en las incautaciones obedientes a procesos penales.

Así, las incautaciones policiales que se investigan en sede penal de la zona sur de nuestra Fiscalía Regional en el año 2017, y cuya cuantificación permitirá describir el fenómeno, requieren necesariamente una precisión:

Distinguir aquellas armas de fuego incautadas⁶:

- *Flagrante-Casual*: A partir de un procedimiento flagrante, emanado de un control vehicular, o de identidad, generalmente sin enmarcarse dentro del contexto de una investigación previa.
- *Coincidente*: A partir de la investigación de otro delito asociado, ejemplo, un tráfico de drogas, en que se encuentran armas de fuego y a cuyo respecto el hallazgo es casual e inevitable.
- *Dirigido*: A partir de investigaciones dirigidas y concentradas en las Infracciones delictivas de la Ley de Armas, en que el objetivo investigativo es el hallazgo y extracción de armas de fuego.

La distinción no es menor, ya que en los primeros dos casos el esfuerzo investigativo no va dirigido a las armas, y es casual o coincidente respectivamente al hallazgo de las armas.

7. Perfil del armamento incautado

Al observar que entre lo incautado el año 2017, las armas sujetas a inscripción y sujetas a control representan una gran cantidad de lo requisado; y, por otro lado, las armas de fabricación artesanal o hechiza corresponden a una cantidad inferior, resulta conveniente detenerse en el siguiente gráfico:



Fuente: Fiscalía Regional Metropolitana Sur

6 GUZMÁN, Raúl y ROSAS, Patricio. “El Problema de la disponibilidad...”, ob. cit., p. 5.

Puede apreciarse que del total de las armas incautadas, sólo casi un 10% corresponde a aquellas que no están registradas en el sistema oficial (armas de fabricación artesanal o con número de serie borrado), evidenciando una clara tendencia en el uso de armamento sujeto a control registral. A partir de esto, nos atrevemos a describir que, desde la experiencia de la incautación, es posible sostener que en nuestra zona la tendencia de lo requisado ya no va por la línea de lo hechizo o artesanal, sino mayormente por las de origen industrial e inscritas.

En consecuencia, si lo que más se incauta es armamento inscrito lejos de su lugar de inscripción, llama la atención que sólo una fracción de ellas presentaba encargos vigentes o novedades por Sustracción (Hurto-Robo) o por Pérdida (Extravío), o por Abandono. Asimismo, que las armas recuperadas vía incautación -en su gran mayoría- no fueron fiscalizadas por la Autoridad Fiscalizadora.

Lo anterior, obliga a enfocar la perspectiva en el armamento inscrito en la Dirección General de Movilización Nacional, que registra las armas particulares a nivel nacional.

8. Realidad de las armas inscritas en el territorio de la Fiscalía Metropolitana Sur⁷



Fuente: *Elaboración propia en base a cifras de DGMN⁸*

7 GUZMÁN, Raúl y ROSAS, Patricio. "El Problema de la disponibilidad...", ob. cit., p. 6.

8 DGMN o Dirección General de Movilización Nacional. Disponible en: <http://www.dgmn.cl>

En las 12 comunas que conforman el territorio de la Región Metropolitana Sur hay inscritas más de 52 mil armas de fuego, de un total nacional de 753 mil armas registradas.

Al obtener dicha información, capta inmediatamente la atención la desproporción existente en el aumento de inscripción de armas en ciertas comunas, como por ejemplo La Granja, que experimentó en un período de dos años un aumento de aproximadamente 1.200 armas inscritas, que representa más de un 30% de su total registrado. Máxime si en esa comuna, en 2017, de los 10 casos de homicidio investigados, en 7 de ellos (70%) el medio comisivo fue arma de fuego. A nivel nacional, sólo durante el año 2017 se inscribieron 6.900 armas de fuego.

De esta manera, y recapitulando el presente trabajo:

- Si los Homicidios que se cometen en la Zona Metropolitana Sur se cometen principalmente con armas de fuego;
- Si las armas de fuego que se incautan penalmente son principalmente armas inscritas;
- Si las armas de fuego inscritas lo son de manera variable, notando aumentos no explicables, por ejemplo, en zonas vulnerables.

Entonces, el trabajo que corresponde desarrollar en esta realidad constatada, es profundizar en el control administrativo de la tenencia inscrita, a través de la institución que por mandato legal tiene dicha función, la Autoridad Fiscalizadora dependiente de Carabineros de Chile.

Al ser consultada la Autoridad Fiscalizadora, las estadísticas de fiscalización en 9 de nuestras 12 comunas, dependientes de la Autoridad Fiscalizadora 028, informan que del total de armas inscritas en estas 9 comunas, que corresponden a 39.249 armas de fuego, se fiscalizaron en el año 2017 un total de 129 armas. Y la tendencia es en descenso desde el año 2014, en una distribución no uniforme.

Constatando de esta manera que, sin perjuicio de las limitaciones de recursos u otras propuestas explicativas, existe una reducida práctica de control administrativo, y que la disparidad distributiva de la fiscalización no ofrece parámetros explicativos que respondan a algún criterio reconocible en la revisión de las armas registradas.

Si el parámetro indicador del éxito de una política de persecución criminal de las armas de fuego se sostuviera en la cantidad de armas incautadas, a nivel nacional, nos enfrentaríamos al siguiente problema en el período 2017:

- Según registros policiales, la cantidad de armas incautadas por ambos cuerpos policiales asciende aproximadamente a **4.000 unidades**:
 - Sin distinción de aquellas encontradas en un hallazgo inevitable a propósito de otro delito (se busca droga, pero se encuentran armas);
 - O las incautadas de manera flagrante, por ejemplo, a propósito de un control vehicular o de identidad.
 - Este tópico no es menor, porque marca la diferencia entre lo intencionadamente investigado versus lo casualmente hallado.
- La cantidad de armas entregadas voluntariamente, sin distinción de su naturaleza, corresponde a **2.600 unidades**, que no obedecen a procesos investigativos dirigidos, según registro de Carabineros.
- La cantidad de armas reportadas como sustraídas y extraviadas ascienden a **3.500 unidades**, según registros de la Autoridad Fiscalizadora; que, sin mediar recuperación, podrían tener como destino el mercado delictual.
- La cantidad de armas inscritas asciende a **6.900 armas** ingresadas al parque armamentista nacional, según cifras de la Dirección General de Movilización Nacional (DGMN).

De esta forma la balanza de egresos de armas del mercado (armas incautadas más armas entregadas) versus el ingreso de armas (sustraídas, extraviadas, inscritas) no es promisoria.

Por ello, la cantidad de armas incautadas no resulta ser un válido método de medición del éxito o fracaso de políticas criminales de persecución del fenómeno, porque sumando lo incautado sin incorporar lo entregado voluntariamente, no se logra compensar lo reportado como robado o extraviado, que necesariamente ingresa al mercado negro. Sin perjuicio que lo inscrito en 2017, asciende a 6.900 armas.

III. Propuesta de Plan de Trabajo Común a nuestra realidad nacional

El problema, en nuestras realidades locales, no está determinado por una alta frecuencia, ni por la tasa de armas inscritas por cada cien mil habitantes. Sin perjuicio de las comparaciones regionales, queremos trasladar el enfoque hacia la disponibilidad de armas utilizadas para la comisión de delitos y que debería ser replicado de manera estandarizada al momento de diagnosticar nuestras realidades.

Creemos que se debe uniformar en las diversas Fiscalías e instancias de control armado, a partir de la obtención de la información de sus propias bases de datos, así como de las instituciones públicas encargadas del fenómeno, la

identificación de realidades del comportamiento fenomenológico de este tipo de delitos y sus objetos materiales.

Así, en un esfuerzo de recolección de información, desde la identificación y coordinación de las diversas instituciones participantes, una vez seleccionado el período de tiempo muestral y responsabilizando a unidades determinadas, se debe proceder a establecer:

- Cantidad de casos de Homicidios cometidos en una región o provincia, desglosado por comunas o unidades administrativas, en frecuencia y tasa por cada 100 mil habitantes: Desde el Sistema de Apoyo a los Fiscales de la Unidad de Gestión e Informática de la Fiscalía Regional Respectiva.
- Cantidad de víctimas, grado de desarrollo de los homicidios y medio comisivo de los mismos: Desde el Sistema de Apoyo a los Fiscales de la Unidad de Gestión e Informática de la Fiscalía Regional respectiva y de la lectura del relato del hecho en cada caso.
- Tipo de arma (inscrita versus no inscrita en la DGMN) incautada en los delitos categorizados como “Tenencias, Portes y Otros”: Desde el Sistema de Apoyo a los Fiscales de la Unidad de Gestión e Informática de la Fiscalía Regional Respectiva y de la lectura del relato del hecho en cada caso; complementado con el Registro Nacional de Inscriptores de la DGMN.
- Cantidad de armas inscritas en la región, desglosado por comunas, en años 2015 y 2017: por parte de la DGMN.
- Cantidad de armas fiscalizadas en la región, desglosado por comunas, en años 2015 y 2017: por parte de la DGMN.

Así, los Ejes que deben estructurar el análisis criminal relativo a las armas de fuego, según nuestra propuesta basada en la experiencia regional, y que estimamos fundantes para el diseño y construcción de una política de control de las armas de fuego son:

- La inscripción de armas de fuego y los fenómenos que la rodean:
 - Inscripción fraudulenta y testaferrato, desvío de armas inscritas y creación de una política de persecución penal de tráfico de armas de fuego establecido en el artículo 10 de la Ley 17.798.
- La fiscalización y control administrativo de las armas de fuego:
 - Sobre los propietarios inscritos.
 - La priorización de la fiscalización y regularización de la tenencia (incautación, entrega para su destrucción o transferencia a un tenedor debidamente habilitado, según corresponda) en aquellos inscriptores fallecidos, condenados y prófugos de la justicia con orden de detención vigente, en los casos que sea posible.

- La extracción de armas:
 - Incautaciones investigativas.
 - Entregas voluntarias.
 - Hallazgos flagrantes.

1. Recapitulación y Sistematización de la experiencia para compartir

La Realidad evidenciada:

Como se ha manifestado, a partir del análisis de casos investigados por la Fiscalía Metropolitana Sur, en los últimos 7 años, en relación principalmente a los delitos de homicidios, ha sido posible constatar que en el 60% de ellos, el medio comisivo corresponde a armas de fuego.

Asimismo, en aquellos casos de Porte y Tenencia de armas de fuego, hemos podido constatar que en un altísimo porcentaje de las armas incautadas, estas corresponden en naturaleza, a armamento de origen industrial inscrito y registrado legalmente, y que ha llegado a manos de la delincuencia por desvío, robo, extravío o testaferrato.

También, en un trabajo de identificación de Bandas Delictuales es posible observar la exhibición de armas como símbolo de respeto y de ostentación, tanto entre la población como en sus redes sociales.

Se ha logrado constatar también en el año 2017, desde el cruce de la información aportada por la Dirección General de Movilización Nacional, las Autoridades Fiscalizadoras y el Departamento de Control de Armas, que a nivel nacional:

- Se reportaron como robadas o perdidas, 3.500 armas de fuego a nivel nacional.
- Se inscribieron casi 7.000 armas nuevas a nivel nacional.
- Se entregaron voluntariamente sin mediar esfuerzo investigativo, fiscalizador ni persecutorio, 2.600 armas de fuego en Chile.
- Se fiscalizó una mínima parte de lo inscrito y registrado, de manera diversa, desequilibrada y aleatoria.
- Y sólo se logró incautar 4.000 armas de fuego, en su mayoría en situación de flagrancia, casual en muchos casos a propósito de un control de identidad o vehicular, en otros tantos a propósito de otros delitos. Aún la cifra de armas incautadas en investigaciones dirigidas y motivadas hacia su extracción, resulta menor a la cantidad global de incautaciones flagrantes.

2. Propuesta

Estos hallazgos nos conducen a considerar que se deben priorizar los esfuerzos hacia la obstaculización de la disponibilidad de acceso a las armas de fuego, articulando a las diversas instituciones públicas incumbentes, desde cuatro ejes de acción⁹:

- a. **La inscripción de armas de fuego:** Dirección General de Movilización Nacional.
- b. **La fiscalización de las armas:** Autoridad Fiscalizadora y Carabineros de Chile.
- c. **La extracción vía persecución penal de las armas irregulares:** Policía (Carabineros, PDI) y Ministerio Público, y
- d. **La entrega voluntaria de armas de fuego:** Plan Entrega tu Arma del Ministerio del Interior y Programas de regularización de armamento en manos de civiles.

Enfatizando en el segundo aspecto, consideramos que la fiscalización del armamento inscrito, que es parte principal de los hallazgos en incautaciones de armas, adolece de dos defectos principales: El control administrativo de estos elementos es Insuficiente (exigua capacidad de fiscalización) e Ineficiente (aleatorio y sin dirección).

Ante ello, y utilizando como herramienta la disponibilización y cruce integrado de distintas bases de datos, de origen interinstitucional, se propone la aplicación de una matriz de riesgo para aumentar y dirigir la fiscalización de las casi 800.000 armas inscritas en Chile, utilizando como experiencia piloto y estandarizable los Barrios de Alta Complejidad de la Zona Sur.

Ella considera principalmente el Control de las armas inscritas:

- **Con defectos de registro en relación a sus propietarios** (Información DGMN).
- **Cuyos propietarios se encuentran fallecidos** (Información desde el Registro Civil).
- **Cuyos propietarios se encuentran condenados** (Información desde los Tribunales de Justicia).

9 GUZMÁN, Raúl y ROSAS, Patricio. “El Problema de la disponibilidad...”, ob. cit., p. 9.

- **Cuyos propietarios se encuentran prófugos de la Justicia** (Información desde Tribunales, Registro Civil y de las Policías).
- **Cuyos propietarios han inscrito armas en lugares calificadamente riesgosos** (DGMN, Municipios).
- **Cuyos propietarios han inscrito armas en condiciones irregulares** (DGMN).
- **Armas con características especiales o estadísticamente más incautadas:** Marca, Modelo y Calibre.

En resumen, y tal como ya ha sido desarrollado, actualmente en la Zona Sur existen aproximadamente 52 mil armas inscritas, según el Boletín de la DGMN. De este universo, cerca de 600 se encuentran inscritas en los tres Barrios de Alta Complejidad o Prioritarios: **La Legua de San Joaquín, El Castillo de La Pintana y Bajos de Mena de Puente Alto**. Estas armas representan un universo significativo y abordable en la concatenación de esfuerzos dirigidos a focalizar la fiscalización de manera Suficiente y Eficiente, mensurable en su impacto en una disminución de delitos transversalizados por el uso de estas armas de fuego.

3. ¿Posibilidades de consolidación de experiencias en un modelo sistematizado y replicable?

Ya avanzados los términos del presente trabajo, formulamos la anterior inquietud como una explícita manifestación de intenciones. Transcurridas casi dos décadas de buenas prácticas y experiencias notables por diversas realidades locales, regionales y nacionales, y posicionados en un pie de ventaja por sobre otras instituciones en la centralización de la información relativa al tema armado, asumimos como desafiante oportunidad la propuesta del Observatorio de la Violencia Armada como instancia de refusión, sistematización y formulación de un modelo replicable sobre cuyos hallazgos y constataciones desde la evidencia, puedan diseñarse estrategias integradas para afrontar el fenómeno desde la triple perspectiva de un política criminal: Prevención, Persecución y Reinserción, identificando hasta el momento:

Como **Objetivo general**, el Obstaculizar la utilización de las armas de fuego de origen industrial e inscritas por particulares, como medio comisivo en delitos violentos, a través de un modelo estandarizable y replicable de fiscalización, reconocible y dirigible desde el Análisis Criminal en Barrios de Alta Complejidad de la Zona Sur, integrando sistemas de información estatal e involucrando diversas instituciones públicas, articuladas desde la Fiscalía Sur.

Reconociendo a nivel de **Objetivos específicos**¹⁰:

- Evidenciar y Analizar los hallazgos en materia de uso de armas en delitos violentos;
- Recopilar la información desde las diversas bases de datos de las instituciones incumbentes;
- Elaborar una matriz de riesgo;
- Estructurar un equipo fiscalizador especializado;
- Focalizar la fiscalización en los Barrios de Alta Complejidad;
- Recuperar y regularizar el armamento inscrito cuyos propietarios se encuentren fallecidos, condenados o prófugos, entre otros destinatarios;
- Regularización en el sistema de inscripción de las armas incautadas.

Ordenando como **Actividades Desplegadas**:

- Estudio de los delitos violentos en la Zona respectiva, para determinar su medio comisivo;
- Análisis de la naturaleza de las armas de fuego incautadas a propósito de lo anterior;
- Obtención de la información desde las diversas instituciones públicas;
- Elaboración de la matriz de riesgo para la fiscalización de armas;
- Conformación del equipo especializado de fiscalización;
- Calendarizar jornadas de fiscalización dirigidas según la matriz;
- Recuperar armamento inscrito en situación irregular y extraerlos de circulación;
- Evaluar el cumplimiento de objetivos, metas e indicadores y estandarizar el modelo para su aplicación en otras realidades.

Y en una propuesta concatenada de **Eslabones a seguir**:

- Estudio de los delitos violentos en la Zona determinada, para determinar su medio comisivo, por un equipo coordinado por los Analistas de la Institución respectiva;
- Análisis de la naturaleza de las armas de fuego incautadas a propósito de lo anterior, desde el registro de las bases de datos internas;

10 GUZMÁN, Raúl y ROSAS, Patricio. "El Problema de la disponibilidad...", ob. cit., p. 10.

- Obtención de la información desde las diversas instituciones públicas acerca de los fallecidos (SRCEI), condenados y prófugos (Tribunales de Justicia), verificando el cruce con el Registro Nacional de Inscriptores (DGMN) y que no hayan sido fiscalizados anteriormente (Autoridad Fiscalizadora);
- Elaboración de la matriz de riesgo para la fiscalización de armas (SACFI Sur);
- Conformación del equipo especializado de fiscalización (OS11 de Carabineros y Prefectura Sur);
- Calendarizar jornadas de fiscalización dirigidas según la matriz (cada tres meses);
- Recuperar armamento inscrito en situación irregular y extraerlos de circulación.

De esta forma, la expectativa demostrable en relación a **Resultados Esperados:**

- Extracción y Análisis de información subutilizada y disponible en la Fiscalía;
- Obtención de información desde otros servicios públicos, Integración y Análisis de la misma;
- Dirección de la investigación y del proceso de Fiscalización, en la estructuración del equipo de control y la focalización de sus esfuerzos de manera suficiente y eficiente;
- Regularización y Recuperación de armamento en situación de riesgo, según la matriz diseñada al efecto;
- Articulación de esfuerzos interinstitucionales hacia la obstrucción del acceso al armamento inscrito en su uso como medio comisivo en delitos transversalizados.

Así, y a partir de la experiencia de la Fiscalía Metropolitana Sur, es posible elaborar un modelo estandarizado que se ofrece para la aplicación futura y compartida con otras unidades, pudiendo compartir como **Avances replicables:**

- El acceso y análisis de la información que se encontraba en las bases de datos de Fiscalía en relación a los delitos violentos investigados y las características de sus medios comisivos, permitió proponer mejores formas de registro de los casos futuros, extracción permanentes de datos hacia la mantención y mejora del plan a proponer.
- Asimismo, en relación a la información de otras instituciones, quedaron tendidos los puentes de acceso, con interlocutores definidos y estables.

- Se logró la conformación de un equipo de trabajo con Carabineros para la fiscalización, elaborando un protocolo y flujograma de trabajo estandarizable y replicable.
- Se actualizó la información registrada en el sistema de inscripción, que permitió avanzar en pocas jornadas, todo lo que no se había logrado en años de esfuerzo insuficiente e ineficiente.

De esta forma, cabe identificar entre diversos **Beneficiarios Directos** de la iniciativa:

- Las Instituciones Públicas incumbentes;
- DGMN y su Registro Nacional de Inscriptores;
- Las Autoridades Fiscalizadoras que optimizaron el uso de sus recursos;
- La Fiscalía Sur en su rol de dirección de la investigación y articulación de equipos de trabajo.

Como también diversos **Beneficiarios Indirectos**:

- Sin temor a especulación, pero asimismo en cifras que difícilmente podrían ser evidenciadas, las eventuales víctimas del ejercicio de la violencia armada, cuyas vidas y salud podrían haber sido agredidas de no haber mediado la recuperación del armamento en situación irregular.

Distinguiendo en la detección de **Problemas y dificultades**:

- La resistencia a la entrega de la información requerida por parte de las instituciones públicas incumbentes;
- La ausencia de experiencias previas, que obligaban a crear un proceso de trabajo innovador y replicable;
- La situación del (Des) Control de las armas de fuego en los Barrios de Alta Complejidad.

Pero también en el enriquecedor proceso de **Aprendizajes Replicables**:

- La perspectiva de Sistema, en la comprensión de la necesidad y convocación de diversos actores relevantes hacia el cruce integrado de datos, tendientes a la confección de una matriz que sirva de guía a la fiscalización del armamento inscrito en los Barrios de Alta Complejidad.
- La generación de un equipo de trabajo desde una experiencia piloto, estandarizable y consciente de la dirección de sus esfuerzos, de una manera identificable, suficiente y eficiente, en la fiscalización, recuperación y regularización de armamento que se encontraba en poder de condenados, prófugos y herederos de inscriptores fallecidos.

- Estudio de los delitos violentos en la Zona Sur, para determinar su medio comisivo, por un equipo coordinado por los Analistas de la Fiscalía Sur.
- Análisis de la naturaleza de las armas de fuego incautadas a propósito de lo anterior, desde el registro de las bases de datos internas.
- Obtención de la información desde las diversas instituciones públicas, acerca de los fallecidos (SRCEI), condenados y prófugos (Tribunales de Justicia), verificando el cruce con el Registro Nacional de Inscriptores (DGMN) y que no hayan sido fiscalizados anteriormente (Autoridad Fiscalizadora).
- Elaboración de la matriz de riesgo para la fiscalización de armas (SACFI Sur).
- Los respectivos informes de Análisis.
- Asesoría complementaria y oportuna al equipo de fiscalización.
- Corroboración del cumplimiento de los objetivos, metas e indicadores asociados.

IV. Conclusiones Abiertas

Sin ánimo de dar por concluido el tema, sino que a modo de conclusiones para la expansión (y profundización), el contexto general de la utilización de armas de fuego como medio comisivo en los delitos más violentos contra las personas y la propiedad en nuestro país, del cual hemos hecho referencia muestral a una agrupación de las diversas 12 comunas del sector sur de la capital, comprensivas de los barrios de mayor vulnerabilidad y complejidad, nos permite afirmar que:

- Si los Homicidios (tanto Consumados/Frustrados y Tentados) y los Robos Violentos que se cometen en dicha zona, se cometen principalmente con armas de fuego;
- Si las armas de fuego que se incautan penalmente son principalmente armas inscritas en el sistema de registro estatal;

Entonces, la mirada en perspectiva, y el enfoque en detalle en nuestros países debe re-dirigirse necesariamente hacia las armas de fuego inscritas, desde una triple perspectiva:

- Desde la inscripción de las armas: Conciencia de las dinámicas de inscripción de armas y propuestas explicativas ante el aumento de las mismas, dirigiendo investigaciones penales hacia los delitos asociados a su distorsión.

- Desde la fiscalización de las armas inscritas: Conciencia de las dinámicas de control administrativo de armas y propuestas de parámetros de riesgo y focalización de esfuerzos de supervisión, dirigiéndolos prioritariamente hacia aquellos elementos:
 - En manos de condenados, prófugos y sucesiones de inscriptores fallecidos;
 - En la determinación y búsqueda de aquellos elementos reportados como sustraídos/extraviados/abandonados.
- Desde las extracciones de armas: En una siguiente división:
 - Desde las entregas voluntarias de armamento: Promoviendo la permanente y motivada recepción por el Estado de aquellos elementos entregados por la ciudadanía, que representa un universo no menor de la extracción.
 - Desde las Investigaciones Penales, para la caracterización de lo recuperado, y según el desglose propuesto¹¹:
 - *Flagrante-Casual*: A partir de un procedimiento flagrante, emanado de un control vehicular, o de identidad, generalmente sin enmarcarse dentro del contexto de una investigación previa.
 - *Coincidente*: A partir de la investigación de otro delito asociado, ejemplo, un tráfico de drogas, en que se encuentran armas de fuego y a cuyo respecto el hallazgo es casual e inevitable.
 - *Dirigido*: A partir de investigaciones dirigidas y concentradas en las Infracciones delictivas de la Ley de Armas, en que el objetivo investigativo es el hallazgo y extracción de armas de fuego.

Así las cosas, el trabajo que corresponde desarrollar en esta realidad, y que debe verificarse a través de esta propuesta que además es compartida, debe ser profundizar en la integración de esfuerzos entre las distintas instituciones estatales que incumben al fenómeno expuesto, máxime ante nuestras características fronterizas y de hermandad continental, en aras de Políticas Públicas coherentes y consistentes, en respuesta explícita y decidida a la gravitante importancia de las relaciones observadas.

En definitiva, a lo largo de este trabajo hemos intentado introducir el debate sobre la identificación del Problema de las Armas de Fuego, su importancia como medio comisivo en vinculación con la delincuencia más violenta, y proponer un esquema escalonado que permita formar una conciencia de tiempo y espacio en nuestra

11 GUZMÁN, Raúl y ROSAS, Patricio. “El Problema de la disponibilidad...”, ob. cit., p. 5.

realidad, no sólo de la caracterización de las armas utilizadas, principalmente las sujetas al sistema registral estatal, sino que también evidenciar cuáles son los principales ejes de acción de una Política Pública Criminal en materia de Armas de Fuego. Asimismo, la insistencia vaya por dar cuenta de una experiencia ejemplar de nuestra región metropolitana sur, desde donde surge la propuesta de un modelo ambicionado como estandarizable y replicable a nivel nacional, en cuanto devela un fenómeno de alcance global; y sobre la implementación de mecanismos de acción concretos en su abordaje. Todo ello con la finalidad de que el presente estudio sirva de insumo para el diseño de una Política coherente y replicable como buena práctica, en pleno respeto a nuestras semejanzas y diferencias que nos hermanan, siempre en el más estricto apego a la protección de las víctimas inocentes y vulnerables, de este, el Problema de las Armas de Fuego.

V. Bibliografía

1. AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Vidas Destrozadas: La necesidad de un control estricto del comercio internacional de armas*. Reino Unido, Intermon Oxfam, 2003.
2. BINDER, Alberto. *Análisis Político Criminal*. Buenos Aires, Argentina, Astrea, 2011.
3. CEA, Sergio y MORALES, Patricio. *Control de Armas*. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2018.
4. FISCALÍA NACIONAL DE CHILE. *Política Nacional de Persecución Penal*. Santiago, Chile, Fiscalía Nacional, 2018.
5. GUZMÁN, Raúl y ROSAS, Patricio. "Hacia una adecuada investigación y persecución de delitos de armas de fuego en poblaciones emblemáticas de la zona sur de Santiago" [en línea]. En: *Buenas Prácticas para el Análisis Delictual en América Latina 2016*, Motorola Solutions Foundation, FPC e International Association of Crime Analysts IACA. Área de Análisis y Estudios de Fundación Paz Ciudadana, 2017, págs. 204 y sgtes. Disponible en: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/analisis-criminal/-buenas-practicas-para-el-analisis-delictual-en-america-latina-2016/>
6. GUZMÁN, Raúl y ROSAS, Patricio "El Problema de la disponibilidad de Armas de Fuego que Transversaliza los Delitos Violentos: Hacia una Propuesta de Control de Armas de Fuego en Barrios de Alta Complejidad de la Zona Sur de Santiago en clave del SACFI." [en línea]. En *Buenas Prácticas para en Análisis Delictual en América Latina 2018*. Motorola Solutions Foundation, FPC, y International Association of Crime Analysts IACA.. Área de Análisis y Estudios de Fundación Paz Ciudadana, 2018. Disponible en: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/analisis-criminal/>

violencia-armada-y-homicidios-propuesta-de-control-de-armas-de-fuego-en-barrios-de-alta-complejidad-de-la-zona-sur-de-santiago/

7. PAZ, Marta. Tenencia y Portación de Arma de Fuego de Uso Civil sin contar con la debida autorización legal. Buenos Aires, Argentina, JusBaires, 2014.
8. ROSAS, Patricio. Desafíos comunes en este extremo Continental, en (Des) Control de Armas: Un fuego amigo desde el Análisis Criminal. En: Revista Latinoamericana para la Integración Jurídica, Volumen 1; Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2018.
9. SCHIAVO, Nicolás. La Tenencia y Portación de Armas de Fuego. Buenos Aires, Argentina, Fabián J. Di Plácido, 2010.

Links de Interés

<http://www.diarioelheraldo.cl/noticia/advierten-la-necesidad-de-identificar-la-causa-del-aumento-de-homicidios-en-chile#.W-LwnWI7VQM.whatsapp>

<https://www.lanacion.com.ar/2168014-ofrecen-250000-datos-depositos-clandestinos-armas>

<http://www.chequeado.com/investigaciondiez-anos-de-des-control-de-armas-en-la-argentina-2/>

<https://www.pagina12.com.ar/152921-el-que-quiera-estar-armado-que-ande-armado>

<https://www.pagina12.com.ar/152924-es-una-enorme-gravedad>

<http://incip.org/noticias/por-primera-vez-en-la-argentina-se-discutio-la-incidencia-de-las-armas-de-fuego-sobre-la-violencia-de-genero/>

<https://www.argentina.gob.ar/pevaf>

Las cifras y motivos detrás del homicidio en Chile: ¿vivimos en un país más violento que años atrás? <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2018/10/22/las-cifras-y-motivos-detras-del-homicidio-en-chile-vivimos-en-un-pais-mas-violento-que-anos-atras.shtml>

El tiro por la culata: terminemos con las armas en poder de civiles – <http://m.elmostrador.cl/noticias/opinion/2018/10/17/-el-tiro-por-la-culata-terminemos-con-las-armas-en-poder-de-civiles/>

Armas fuera de servicio | Gabriel Fuks, defensor adjunto del pueblo - <https://www.pagina12.com.ar/146820-armas-fuera-de-servicio>

<http://www.24horas.cl/data/armas-robadas-en-abril-de-2018-crecen-en-13-respecto-a-mismo-periodo-de-2017-2735617>

<https://ciperchile.cl/2018/08/22/el-poder-de-los-narco-mayoristas-pone-a-chile-en-la-ruta-del-trafico-internacional-de-armas-y-cocaina/>

CONTENIDOS

Política Nacional de Persecución Penal
del Ministerio Público

Artículos

Procedimientos policiales irregulares, corrupción
y derechos humanos
Angélica Torres Figueroa

El Agente Revelador de la Ley 20.000: Breve reseña
a la luz de recientes fallos dictados por tribunales
superiores de justicia de nuestro país
Álvaro Pérez d'Alençon

La pericia social de la víctima y sus contextos
significativos en el sistema penal
Roberto Rodríguez Manríquez

Aplicación de los criterios del Fiscal Nacional en
delitos contra el medio ambiente y el patrimonio
cultural
Bárbara L. Sanhueza Arancibia

Metodología de Investigación de Bandas
Criminales (MEDBAC)
Omar Mérida Huerta
Javiera Díaz Larraín

Desde los Reflejos de la Violencia Armada y
rumbo al Control y Persecución de las Armas de
Fuego: Hacia una experiencia replicable desde la
Investigación y el Análisis Criminal en la Zona
Sur de Santiago
Patricio Rosas Ortiz

Sentencias Comentadas

Comentarios a una sentencia que resuelve un
recurso de nulidad y apelación subsidiaria, en
materia de extradición pasiva
Álvaro Hernández Ducos

Algunos comentarios al fallo del Excelentísimo
Tribunal Constitucional referido al artículo 27
de la Ley 19.913
Marcelo Contreras Rojas