

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº 77 - DICIEMBRE 2019

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

N° 77 - Diciembre de 2019

Fiscal Nacional y Representante Legal:

Jorge Abbott Charme

Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:

Pablo Campos Muñoz

Comité Editorial:

Pablo Campos Muñoz

Coordinador

Karen Guzmán Valenzuela

Sandra Luco Castro

Antonio Segovia Arancibia

Angelica Torres Figueroa

Colaboradores:

Carol Donoso Schwarz

Andrea González Leiva

David Opazo Meneses

Soledad Poblete Moya

La Revista Jurídica del Ministerio Público (ISSN N°0718-6479) es una publicación de la Fiscalía Nacional de la Institución, continuadora del Boletín del Ministerio Público, cuyo primer número fue publicado en mayo de 2001. Durante su primer año de publicación, fue editado mensualmente. Durante el año 2002 lo fue cada dos meses y, en el 2003, el incremento del material de difusión generado por la Reforma, forzó su edición trimestral, para fortalecer la recopilación y selección del material a publicar. A partir del año 2016 pasa a tener una periodicidad cuatrimestral.

Contenidos: 1.- Jurisprudencia; 2.- Comentarios de Jurisprudencia (artículos en que autores pertenecientes al Ministerio Público o externos analizan aspectos doctrinarios interesantes de fallos correspondientes al nuevo procedimiento penal) y 3.- Artículos e Informes de autores pertenecientes al Ministerio Público o externos que analizan diversos temas de derecho, principalmente derecho penal y procesal penal, o se informa sobre distintos aspectos relativos a la reforma procesal penal.

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

Dirección: Catedral 1437, Santiago, Chile.

E-mail: sluco@minpublico.cl

Teléfono: 229659693

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

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

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

Diseño e impresión: Aquaprint Impresores

INDICE

PRÓLOGO

I. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

- La cooperación eficaz en delitos de corrupción 9
Hernán Fernández Aracena

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

Artículos

- La denuncia anónima en la investigación de los delitos de la Ley N° 20.000 29
Alejandro Ivelic Mancilla

III. UNIDAD DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

Artículos

- Los crímenes de lesa humanidad en la Ley N° 20.357 43
Antonio Segovia Arancibia

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

Artículos

- Los alcances de la circunstancia comisiva de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima en los delitos contra la libertad / indemnidad sexual 83
Maurizio Sovino Meléndez y Sofía Huerta Castro

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

Artículos

La obtención de evidencia digital de proveedores de servicio y las garantías fundamentales involucradas 117

Camila Bosch Cartagena

Interpretación jurisprudencial del delito de “tráfico de armas” tipificado en el artículo 10 de la Ley N° 17.798 139

Karen Guzmán Valenzuela

VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

La discusión en torno a la aplicación del artículo 369 quater del Código Penal a los adolescentes infractores y la necesidad de regular la prescripción de los delitos sexuales en el sistema de responsabilidad penal adolescente 165

María José Taladriz Eguiluz

PRÓLOGO

Un tema que ha tomado especial protagonismo en el último tiempo dice relación con la violencia ejercida contra las mujeres, o formulado en positivo, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Ello ha implicado un especial esfuerzo de los distintos países, incluido el nuestro, por ir modernizando y haciendo más efectiva una legislación acorde con la debida protección de este derecho, tanto en materias de fondo como procedimentales.

Nuestro legislador no ha estado ajeno a estos esfuerzos, no sólo en cuanto a la tipificación de delitos que protejan debidamente los bienes jurídicos afectados, sino también en la forma de llevar a cabo tanto la investigación como el desarrollo de los procesos judiciales, con la debida preocupación por el resguardo y mayor bienestar posible de las víctimas.

En este orden de ideas, presentamos en esta edición de nuestra Revista Jurídica un artículo que profundiza respecto de la debida atención a las víctimas con un enfoque de derechos humanos y de género, y otro que analiza el aprovechamiento de la incapacidad de la víctima para oponerse en materia de libertad e indemnidad sexual.

Siguiendo en la línea de los adolescentes, pero ahora como victimarios en delitos sexuales, también ofrecemos en esta edición un detallado artículo que aborda la discusión en torno a la regulación de la prescripción de la responsabilidad penal de los adolescentes, y la aplicación del artículo 369 quater del Código Penal.

En materia de investigación penal, presentamos un artículo que analiza la cooperación eficaz en los delitos de corrupción, otro que se aboca a la denuncia anónima en los delitos de la Ley N° 20.000, y un tercero que expone acerca de la obtención de evidencia digital de los proveedores de servicio, frente a las garantías fundamentales que pudieren verse afectadas.

Finalmente, publicamos un artículo que analiza la interpretación que han dado los tribunales de justicia al delito de tráfico de armas tipificado en el artículo 10 de la Ley N° 17.798, y otro que expone acerca de los delitos de lesa humanidad, tanto a nivel internacional, como en su tipificación y regulación a nivel nacional a partir de la Ley N° 20.357.

JORGE ABBOTT CHARME

FISCAL NACIONAL

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

LA COOPERACIÓN EFICAZ EN DELITOS DE CORRUPCIÓN

Hernán Fernández Aracena¹

“Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, en casos apropiados, la mitigación de la pena de toda persona acusada que preste cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”².

I. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 21.121, que modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción, ha venido a instaurar una nueva forma de encarar estos delitos, desde que, al elevar las penas, es posible vislumbrar que durante la investigación será procedente la prisión preventiva, y en el caso de obtener condenas, se ve probable que se impongan penas efectivas, lo que puede redundar en dar una mayor confianza a la ciudadanía respecto a la aplicación de la ley en forma igualitaria, al castigar severamente a los responsables de este tipo de hechos. La creación que realiza esta ley de nuevas figuras penales, que cubren algunos espacios de impunidad existentes, como la corrupción entre particulares o la administración desleal, contribuirán también a mejorar nuestras expectativas de persecución penal en estas materias.

Ahora bien, dentro de las diversas modificaciones que ha introducido la Ley N° 21.121, queremos resaltar una en especial, la creación de una figura de cooperación eficaz en el artículo 260 quáter del Código Penal, la que va a ser aplicable respecto a algunos de los tipos penales contemplados en el título caracterizado como de los “delitos funcionarios”.

La cooperación eficaz se inserta dentro de los mecanismos procesales que en la experiencia comparada reciben distintas denominaciones, tales como

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

2 Texto del artículo 37 N° 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.

“delación compensada”, “leniency”, o “clemencia”³, y que han sido utilizadas en dos ámbitos diferentes, para perseguir carteles en el área de la libre competencia y en contra del crimen organizado especialmente en materia de terrorismo o tráfico ilícito de drogas.

En Chile, mecanismos de este tipo se incorporaron a nuestra legislación en materia de persecución de delitos terroristas (en el artículo 4° de la Ley N° 18.314), en la Ley de Drogas (en el artículo 33 de la Ley N° 19.366 y luego en el artículo 22 de la Ley N° 20.000), en la legislación que cautela la competencia (en el actual artículo 39 bis del DL N° 211), y en materia de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes (artículo 411 sexies del Código Penal).

Estas herramientas básicamente apuntan a la idea de obtener información para la autoridad de parte de una persona involucrada en un hecho ilícito a cambio de obtener una inmunidad o exención de pena, o bien una rebaja de las sanciones, beneficiando entonces a aquel que *“coopera con la autoridad, traicionando a sus aliados”*⁴.

Sin que hasta la fecha conozcamos la aplicación de esta nueva institución en los delitos de corrupción, intentaremos desentrañar el sentido y alcance de la norma, resaltando aquellos puntos en que existan diferencias con la regulación en materia de drogas, recurriendo en primer lugar a los fundamentos de esta herramienta, a la historia fidedigna de su establecimiento, y con referencia a alguna jurisprudencia existente en relación a la Ley N° 20.000.

II. FUNDAMENTOS DE LA COOPERACIÓN EFICAZ

Ha sido objeto de extenso debate la introducción del mecanismo de cooperación eficaz, el cual fluctúa *“entre posiciones que discrepan respecto a si esta institución jurídica debe ser aplicada en un Estado de Derecho cuya finalidad es sancionar a los culpables por los delitos que cometan, respetando sus derechos al debido proceso y a la defensa; o –por el contrario– seguir el pensamiento pragmático de Jeremías Benthan para quien “ERA PREFERIBLE LA IMPUNIDAD DE UNO DE LOS CÓMPlices QUE LA DE TODOS”, posición que, como también lo advirtió el autor, conllevaría el riesgo de que “FUESE UNA INVITACIÓN AL CRIMEN Y QUE,*

3 En este sentido TOBAR CARRASCO, Leonardo. *La delación compensada en Chile. Análisis de la normativa vigente* [en línea]. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, junio 2017, página 14. Disponible en: http://opac.pucv.cl/pucv_txt/txt-7000/UCC7484_01.pdf [fecha de consulta: 9 enero 2020].

4 TOBAR, ob. cit., página 13.

*ENTRE MUCHOS CRIMINALES, EL MÁS MALO NO SOLO QUEDARÍA SIN CASTIGO, SINO QUE PODRÍA SER RECOMPENSADO”*⁵.

Esta última posición ha primado, y en Chile por ejemplo, al incorporarse la cooperación eficaz en la Ley de Drogas se explicitó que atendida la gravedad de ese fenómeno delictual se hacía *“necesario perseguir la desarticulación y sanción de las organizaciones dedicadas al narcotráfico. De esta perspectiva, se reconoce la valiosa cooperación que pueden entregar a la investigación quienes hayan participado en el delito, otorgando datos que puedan conducir a la determinación del delito y de sus autores, cómplices o encubridores”*⁶.

En cuanto a su naturaleza jurídica se sostiene que la cooperación puede ser analizada en una doble faceta, por una parte *“es una herramienta de investigación... y por otro lado, una atenuante específica de responsabilidad penal”*⁷.

Sobre su naturaleza investigativa, se ha dicho que la cooperación eficaz es una *“búsqueda de elementos de prueba en el esclarecimiento de delitos y de autores... como un medio de lucha no convencional contra el crimen organizado”*⁸ y que si bien no tiene la capacidad *“de atenuar los perjuicios creados por el delito cometido, ayudan a la autoridad a buscar pruebas permitiendo en última instancia una eficaz prevención y adecuada represión del delito”*⁹.

En esta perspectiva se justifica que nuestra legislación deje en manos, exclusivamente, del Ministerio Público el reconocimiento de su valía, en la medida que como encargado de dirigir la investigación penal, es quien mejor puede ponderar la información o aporte investigativo que el sujeto haya entregado para ser calificado como un cooperador eficaz. En relación a la Ley Drogas se ha dicho que *“el hecho que el reconocimiento de la cooperación eficaz sea efectuado por el fiscal, dice relación con la opinión relativa a que ella es una*

5 ROJAS LOPEZ, Freddy. “Alcances y cuestiones generales del procedimiento especial de colaboración eficaz en el nuevo Código Procesal Penal” [en línea]. En: *Derecho & Sociedad*, N°39, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre 2012, páginas 52-60. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13059> [fecha de consulta: 9 enero 2020].

6 VILLARROEL ROJAS, Ricardo. *Concurrencia de las atenuantes de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos y de cooperación eficaz bajo la Ley N° 20.000* [en línea], Santiago, Chile, Universidad de Chile, página 13. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/133942/Concurrencia-de-las-atenuantes-de-colaboraci%C3%B3n-sustancial-al-esclarecimiento-de-los-hechos.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [fecha de consulta: 9 enero 2020].

7 VILLARROEL, ob. cit., página 16.

8 ROJAS, ob. cit., página 54.

9 ROJAS, ob. cit., página 55.

*herramienta de investigación y sus resultados son valorados por el ente persecutor quien en definitiva comprueba si cumple con los fines que la propia ley describe*¹⁰.

En cuanto a su naturaleza de atenuante especial, ella emana desde que *“la colaboración que se puede obtener de los propios delinquentes o de particulares en el sistema probatorio criminal, se ve retribuida con beneficios judiciales o de protección a su favor”*¹¹.

En esta faceta es que el rol del juez es el que adquiere mayor relevancia, de modo que cuando el Ministerio Público *“reconoce la eficacia a la información proporcionada por el cooperador, el tribunal lo puede favorecer con la rebaja de pena”*¹² en la medida que se cumplan con todas las exigencias que establece la ley.

Como se dijo, la cooperación eficaz ha sido recogida en los ordenamientos jurídicos como una herramienta procesal para combatir el terrorismo, el narcotráfico o el crimen organizado, y sólo en el último tiempo se ha avanzado en introducir esta institución en la lucha en contra de la corrupción por la constatación que ella es *“especialmente útil para investigar delincuencia compleja, realizada por agrupaciones criminales difíciles o imposibles de permear con los métodos tradicionales de investigación, más aún si su accionar es transnacional e incluye operaciones financieras enrevesadas destinadas a ocultar los dineros mal habidos en la maraña de los mercados financieros globales. Estos dineros son muy difíciles de rastrear sin alguien que identifique las operaciones, los códigos o cuentas bancarias utilizadas o el nombre de las empresas de fachadas construidas para ocultarlos”*¹³.

También han influido decisivamente en la introducción de esta herramienta los compromisos internacionales en materia de corrupción asumidos por los Estados. Así, la Convención de las Naciones Unidas en contra de la corrupción en su artículo 37 prevé la posibilidad que los Estados Parte puedan establecer

10 FIGUEROA ASTE, Renzo y SALAS ORELLANA, Roberto. “La cooperación eficaz, herramienta de política criminal y atenuante especial de la Ley N° 20.000”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°56, Santiago, Chile, Ministerio Público, septiembre 2013, página 116.

11 ROJAS, ob. cit., página 55.

12 FIGUEROA y SALAS, ob. cit., página 116.

13 VARGAS VIANCOS, Juan Enrique. Elementos legales generales relevantes para la provisión de proyectos de infraestructura pública [en línea]. Santiago, Chile, Centro de estudios “Espacio Público”, marzo de 2019, página 20. Disponible en: https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2019/06/Doc_Ref_3ElementosLegales.pdf [fecha de consulta: 8 enero 2020].

algún mecanismo de mitigación de la pena¹⁴, para aquellos imputados que brinden una colaboración relevante en la investigación o en el juicio de delitos de corrupción. Su fundamento está someramente explicitado en una de las guías técnicas de dicha convención, en la que se indica que esta norma se enmarca en el objetivo de *“fomentar la detección, la investigación y el fallo del delito de corrupción. Teniendo en cuenta que la corrupción es una forma opaca de delincuencia que tiene lugar en secreto, la mejor manera de detectarla es mediante la obtención de información de una persona que participa en el delito de corrupción o es testigo”*¹⁵, razón por la cual se recomienda que las autoridades dispongan de medios para motivar a esas personas a que revelen los antecedentes que obran en su poder, y que de otro modo no se divulgarían.

Ahora bien, para que un sistema de cooperación eficaz sea realmente eficiente, se requiere de ciertas condiciones o incentivos necesarios para llegar a este tipo de acuerdos. Lo primero a revisar es el marco penal pues *“contar con penas suficientemente altas es el primer incentivo para que un sistema de acuerdos sea efectivo”*¹⁶, requisito que podríamos interpretar como cumplido en nuestra legislación a partir de la reforma introducida por la Ley N° 21.121 a los delitos de corrupción al proceder a elevar sustancialmente sus penas.

14 Convención de Naciones Unidas en contra de la corrupción, promulgada por Decreto N°375 de 23 de noviembre de 2006 y publicada en el Diario Oficial de 30 de enero de 2007, que dispone en su Artículo 37: *“Cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley.*

1. *Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en la comisión de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención a que proporcionen a las autoridades competentes información útil con fines investigativos y probatorios y a que les presten ayuda efectiva y concreta que pueda contribuir a privar a los delincuentes del producto del delito, así como a recuperar ese producto.*

2. *Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, en casos apropiados, la mitigación de la pena de toda persona acusada que preste cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.*

3. *Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a toda persona que preste cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.*

4. *La protección de esas personas será, mutatis mutandis, la prevista en el artículo 32 de la presente Convención.*

5. *Cuando las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo se encuentren en un Estado Parte y puedan prestar cooperación sustancial a las autoridades competentes de otro Estado Parte, los Estados Parte interesados podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos, de conformidad con su derecho interno, con respecto a la eventual concesión, por el otro Estado Parte, del trato previsto en los párrafos 2 y 3 del presente artículo”.*

15 En Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, editado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC) [en línea], Viena, Austria, página 126. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Guia_tecnica_corrupcion.pdf [fecha de consulta: 27 diciembre 2019].

16 VARGAS, ob. cit., página 25.

En segundo lugar, influye el hecho de que *“tan factible es que se aplique esa sanción y cuál es el monto probable de la misma (que no necesariamente coincide con el abstracto que se fija en las leyes)”*¹⁷. En ese sentido, si la Ley N° 21.121 sólo hubiese elevado los rangos máximos en las escalas de los delitos, habrían operado las normas establecidas en los artículos 67 y siguientes del Código Penal, de modo que la prognosis de aplicación de penas privativas de libertad efectivas serían realmente ilusorias, de allí la importancia que tuvo elevar los “pisos mínimos” de estos delitos, a los efectos de permitir la imposición rigurosa de penas. El mismo efecto tendrá en los delitos de cohecho y exacción ilegal, la norma del artículo 251 quinquies, que respecto de ciertas autoridades de alto nivel, o bien en relación a determinados procesos de compra y contratación pública, establece que además, se debe excluir la aplicación del “mínimum o el grado mínimo de las penas señaladas, según corresponda, respecto de todos los responsables...”. De modo, que parece posible sostener que será posible imponer sanciones rigurosas a los autores y partícipes en hechos de corrupción.

Un tercer elemento a considerar, desde la perspectiva del cooperador, es *“el monto y los alcances de los beneficios a los que se pueda acceder. En los países en que más ha operado esta institución existe un amplio margen de beneficios, los que pueden ir desde la rebaja de las sanciones hasta la impunidad total en ciertos supuestos”*¹⁸. En la Ley N° 21.121, se optó por permitir una rebaja sustancial de la pena posiblemente aplicable al cooperador, al permitir disminuir hasta en dos grados la misma, proceso que el juez realiza después de determinada la sanción concreta a imponer al cooperador, de manera que se transforma en un incentivo idóneo para evitar las altas sanciones que ahora podría arriesgar. La excepción del inciso final del artículo 260 quater, que impide usar la cooperación eficaz a ciertas autoridades, opera en todo caso, en el sentido contrario a este incentivo.

III. TRAMITACIÓN LEGISLATIVA DE LA INTRODUCCIÓN DE LA COOPERACIÓN EFICAZ EN MATERIA DE CORRUPCIÓN

Durante la larga discusión parlamentaria que dio origen a la Ley N° 21.121, el artículo 260 quáter hizo recién su aparición en el Tercer Trámite Constitucional, ante la Comisión Mixta formada para solucionar las discrepancias entre el Senado y la Cámara de Diputados, ante dos proyectos de ley que fueron fusionados y tramitados en conjunto por referirse a

17 VARGAS, ob. cit., página 26.

18 VARGAS, ob. cit., página 26.

materias similares, uno se trataba de un mensaje del Poder Ejecutivo¹⁹ que intentaba cumplir con las recomendaciones de la Comisión “Engel”²⁰, y otro era una moción de los senadores integrantes de la Comisión de Legislación, Justicia y Reglamento²¹. De forma que el Legislador dejó pocos comentarios respecto a la decisión de introducir la cooperación eficaz en estos delitos, o de las razones por las cuales se optó por restringir su aplicación a determinados y escogidos párrafos.

El Ministerio de Justicia expuso²² que la delación compensada es una herramienta común en aquellos ámbitos en que aparece la delincuencia organizada, y que permite atenuar o eximir de responsabilidad penal, optando en este caso por establecer una reducción y no una exención total de responsabilidad completa *“porque acá el caso que puede darse es que un único funcionario público se coluda con un grupo de particulares para cometer este delito”*²³ y si se exime a ese único funcionario público los demás partícipes podrían quedar sin pena. Agregó que *“no hay un solo modelo de cooperación eficaz en nuestra legislación, y para evitar aumentar aún más las fórmulas de ese tipo se ha optado por homologar la figura del artículo 22 de la ley N° 20.000, que tiene una jurisprudencia asentada en la materia respecto al significado de cada uno de los requisitos para que opere el mecanismo”*²⁴. Finalmente, el representante del Ejecutivo explicó que en la fórmula elegida *“destaca que es el Ministerio Público quien puede establecer que imputado puede optar a este beneficio, aunque en definitiva la resolución final queda en manos del juez”*²⁵.

19 Boletín N°10.155-07, Mensaje Presidencial que da inicio a proyecto de ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal relativas a delitos funcionarios.

20 Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción creado por Decreto N°002 de 11 de marzo de 2015.

21 Boletín N°10.739-07, proyecto de ley que modifica el Código Penal en lo relativo a los delitos de cohecho y soborno, aumentando las penas, tipifica los delitos de soborno entre particulares y de administración desleal; y la Ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. Moción Senadores señores Pedro Araya, Alfonso De Urresti, Alberto Espina, Felipe Harboe y Hernán Larraín.

22 Expuso en este sentido el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia Sr. Sebastián Valenzuela, en Historia de la Ley N° 21.121, Biblioteca del Congreso Nacional, páginas 250 y siguientes. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7597/> [fecha de consulta: 8 enero 2020].

23 Historia de la Ley N° 21.121, intervención de Valenzuela, Sebastián, ob. cit., página 250.

24 Historia de la Ley N° 21.121, intervención de Valenzuela, Sebastián, ob. cit., página 250.

25 Historia de la Ley N° 21.121, intervención de Valenzuela, Sebastián, ob. cit., página 251.

Así se explican, entonces, tres decisiones adoptadas:

- Una primera, es que el efecto de la cooperación eficaz no va a ser eximir de las sanciones como sucede en materia de libre competencia con la delación compensada²⁶, sino que, por el contrario, sólo atenuará la responsabilidad penal del cooperador.
- Una segunda opción ha sido la de homologar los requisitos para que opere la cooperación eficaz en delitos de corrupción con aquellos establecidos en la Ley de Drogas, aprovechando el desarrollo jurisprudencial que existiría en ese ámbito.
- Finalmente, se entrega la potestad al Ministerio Público de reconocer la procedencia de la cooperación eficaz, en la etapa de investigación y en la intermedia, sea que se exprese en la formalización o bien en el escrito de acusación, y sin perjuicio, que la decisión final, en la etapa de juicio, estará en manos del Tribunal cuando se pronuncie en una sentencia definitiva.

Luego, el debate se centró respecto a la excepción que contempla la norma en su inciso final, en el sentido que ciertas autoridades de “alto nivel” no podrán hacer uso de esta herramienta atenuando su responsabilidad, incluyendo entre ellas, a los que ejercen un cargo de exclusiva confianza de aquellos que son elegidos popularmente, atendido que esa redacción podría ser muy amplia e incluir a funcionarios de menor rango, a quienes sí debiera beneficiar la norma.

En este sentido la intervención del Senador De Urresti quien textualmente indicó: *“la norma que establece el artículo 260 quáter propuesto por el Ejecutivo es una herramienta útil para combatir la corrupción, y la excepción que se plantea en el inciso final es acertada porque generalmente las autoridades ahí señaladas actuarían como cabecillas de la operación de que se trate. Con todo, observó que la mención que se hace en esa parte del artículo al “personal de exclusiva confianza” puede ser muy genérica, y a la larga desincentivar a que funcionarios menores que están en esa condición entreguen información de primera mano para frenar la red de corrupción que integran”*²⁷.

Partidario de eliminar la referencia a los funcionarios de exclusiva confianza fue el Diputado Silber quien sostuvo *“que el mecanismo de delación compensada*

26 Beneficio establecido en el artículo 39 bis del DL N° 211 que fija normas para la defensa de la libre competencia.

27 Intervención Senador Alfonso de Urresti, en Historia de la Ley N° 21.121, ob. cit., página 251.

*es una herramienta útil para develar organizaciones criminales que operan al interior del Estado e identificar a sus cabecillas, que generalmente son funcionarios de alta jerarquía. Por ello es necesario que los demás participantes de esa red puedan prestar voluntariamente su declaración y, en particular, quienes son de exclusiva confianza, porque ellos tienen información de primera fuente sobre la operación ilícita*²⁸.

En cambio, en la postura contraria estuvo la Diputada Pérez, quien manifestó *“que el inciso final de la disposición se debe mantener porque, de lo contrario, se da una pésima señal política estableciendo –por una parte– que las altas autoridades involucradas en actos de corrupción arriesgan una pena agravada, pero a renglón seguido permitiendo que esas mismas autoridades puedan invocar la norma de delación compensada, delaten a funcionarios de menor rango y logren una pena rebajada*²⁹.

Pese a las dudas y vacilaciones, la norma fue aprobada con la inclusión de los funcionarios de exclusiva confianza entre aquellas autoridades a quienes les está vedado acceder al beneficio de la cooperación eficaz.

IV. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA COOPERACIÓN EFICAZ

En materia de delitos de corrupción, la Ley N° 21.121, introdujo al Código Penal una nueva norma, la del artículo 260 quáter, que textualmente señala:

“Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal de los delitos contemplados en los Párrafos 5, 6, 9 y 9 bis la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables, o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de estos delitos, o facilite el comiso de los bienes, instrumentos, efectos o productos del delito. En estos casos, el tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados.

Se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso anterior.

El Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso primero.

28 Intervención Diputado Gabriel Silber, en Historia de la Ley N° 21.121, ob. cit., página 252.

29 Intervención Diputada Catalina Pérez, en Historia de la Ley N° 21.121, ob. cit., página 252.

La reducción de pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurran; o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales.

La circunstancia atenuante prevista en este artículo no se aplicará a los empleados públicos que desempeñen un cargo de elección popular o de exclusiva confianza de éstos, o de alta dirección pública del primer nivel jerárquico; a los que sean fiscales del Ministerio Público; ni a aquellos que, perteneciendo o no al orden judicial, ejerzan jurisdicción”.

a) Ámbito de aplicación

El legislador al introducir esta figura de cooperación eficaz en el Código Penal, tomó la decisión de no hacerlo de forma general y, por lo tanto, aplicable a toda clase de delitos, por el contrario, decidió restringirlo a ciertas categorías de delito, aquellas conocidas como “delitos funcionarios”, pero no a todos los ilícitos de ese carácter, sino que los tipificados en ciertos y determinados párrafos.

Los párrafos del título V del libro II del Código Penal, en los que será posible utilizar la cooperación eficaz son:

- Párrafo 5°, de la malversación de caudales públicos. Incluye el peculado doloso y culposo, la distracción de caudales, la aplicación pública diferente y la negativa a un pago o entrega.
- Párrafo 6°, de los fraudes y exacciones ilegales. Entre ellos se contempla el fraude al Fisco, la negociación incompatible, el tráfico de influencias, la exacción ilegal, y el enriquecimiento ilícito.
- Párrafo 9°, del cohecho. Se incluyen el cohecho por la función, el cohecho pasivo propio, propio agravado y el impropio, además de las figuras de cohecho activo o soborno.
- Párrafo 9 bis, del cohecho a funcionarios públicos extranjeros.

b) Fines de la cooperación eficaz

La ley indica básicamente tres finalidades u objetivos de esta herramienta:

- Un primero objetivo, es que los datos o informaciones que provee el cooperador sirvan para comprobar el hecho investigado en el cual éste ha tenido algún tipo de participación, o bien la identificación de sus responsables, aportando antecedentes que de no mediar esta cooperación no permitiría realizar una persecución penal por esos hechos o por tales partícipes señalados por el cooperador.

- Un segundo fin, es que sirva para prevenir la perpetración o consumación de otros delitos distintos al investigado, pero debiendo ser ilícitos dentro del ámbito en que puede ser aplicable la cooperación eficaz, esto es la referencia a los párrafos 5, 6, 9 y 9 bis antes mencionada, dado que el legislador colocó la frase “estos delitos” en clara alusión al encabezado del inciso primero del artículo 260 quáter; de modo que si se entregan datos o información de otros delitos fuera de estos párrafos, no podría invocarse la cooperación eficaz como atenuante de su responsabilidad en el delito de corrupción investigado.
- Hasta allí, son los mismos objetivos trazados en la Ley de Drogas, pero la Ley N° 21.121 innova agregando una tercera finalidad, y es que la cooperación eficaz sirva para facilitar “*el comiso de los bienes, instrumentos, efectos o productos del delito*”. Dado el carácter patrimonial o económico de los delitos en que es aplicable esta institución, parece coherente que la colaboración pudiera estar dirigida a esclarecer el destino de los dineros o caudales sustraídos o defraudados, o de los beneficios económicos entregados a un funcionario público nacional o extranjero, dado que por esa vía, también es posible generar evidencia respecto de los demás elementos típicos de estas figuras penales. El levantamiento voluntario del secreto bancario y las explicaciones detalladas respecto a la “ruta” que sigan los dineros, podrían ser elementos a considerar para otorgar la cooperación eficaz a un imputado.

c) Concepto legal

El legislador, al igual que en la Ley Antidrogas, da un concepto de cooperación eficaz indicando que ella se constituye por “*el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso anterior*”.

El estándar exigido por el legislador respecto a los datos o informaciones que entrega el cooperador, se traduce en que éstos deben cumplir tres condiciones, ser precisos, verídicos y comprobables. Mismas condiciones que las establecidas en la Ley N° 20.000, sobre las cuales se ha escrito apuntando a sus definiciones en el diccionario de la RAE para lo cual se define: “*Preciso: exacto, cierto o determinado. Verídico: que dice la verdad. Comprobable: que se puede contrastar*”³⁰. También se ha dicho que en cumplimiento de estos estándares “*la información debe ser concreta y veraz*”³¹.

30 FIGUEROA Y SALAS, ob. cit., página 114.

31 VILLAROEL, ob. cit., página 21.

Además, la información, junto con ser precisa, verídica y comprobable, debe apuntar a alguno de los tres objetivos de la institución, antes comentados.

En la jurisprudencia se ha hecho alusión a que el aporte del colaborador debe ser importante, cuando se sostiene que *“no cualquier antecedente entregado hace procedente la referida atenuante, sino que éste debe ser relevante, sea porque aporten hechos no conocidos en la investigación o esclarezcan de manera importante los hechos investigados, de manera que podrían configurar un ilícito distinto al investigado no necesariamente importa que ésta deba ser acogida, toda vez que se requiere que tal declaración facilite la labor persecutoria del Estado, en relación con el hecho investigado”*³².

d) Oportunidad

La ley ha dispuesto, al igual que en materia de la Ley N° 20.000, que sea el fiscal quien deba expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a uno de los tres fines señalados en el inciso primero del artículo 260 quáter. Parece claro que la cooperación *“podrá prestarse en cualquier etapa de la investigación, y ello tiene su sentido lógico, por cuanto sólo el fiscal, que dirige la investigación es quien puede en definitiva comprobar su efectividad y cumplimiento de las hipótesis que se requirieren, toda vez que es él quien ha realizado la investigación”*.

Lo anterior entonces implica que la calificación de la eficacia de la cooperación, en un primer momento, es una atribución exclusiva del Ministerio Público, quien como director de la investigación es el único que puede sopesar efectivamente si los datos o informaciones entregados, son precisos, ciertos, comprobables, y que han permitido alcanzar alguna de las tres finalidades contempladas por la ley. Eso, precisamente en la faz de herramienta de investigación que tiene esta institución. Ello no se contrapone con la faceta de atenuante especial, cuyo reconocimiento lo debe realizar el correspondiente tribunal, sin que el Ministerio Público pueda avocarse funciones jurisdiccionales, de modo que, reconocida la cooperación eficaz, por ejemplo, en una acusación, el tribunal deberá ponderar si se cumplen los requisitos legales y si procede acoger la atenuante, pudiendo perfectamente denegarla.

Hay diversas sentencias que han fallado en el sentido antes indicado.

Así, se ha dicho que el Ministerio Público es quien *“DEBE especificar en el caso que haya habido declaración colaboradora por parte del imputado, si ésta ha*

32 Considerando octavo de la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 12 de julio de 2013, Rol N°152-2013.

*sido eficaz, en relación con los fines expresados en el inciso primero del artículo 22 de la Ley 20.000, siendo la decisión final de reconocer o no tal minorante, propia y exclusiva de los Tribunales de Justicia*³³.

En otro fallo, se sostiene que “según lo previsto en el artículo 22 citado, la cooperación eficaz constituye “una atenuante de responsabilidad penal”, pero también es un técnica de investigación, de modo que pronunciarse sobre su eficacia corresponde únicamente al Ministerio Público en su calidad de ente persecutor encargado de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito; pues, en efecto, es este órgano quien conforme a lo dispuesto en el artículo 83 de la Carta Fundamental y en el artículo 1° de la ley N° 19640, dirige en forma exclusiva la persecución criminal y es, por lo tanto, el que está en conocimiento de la concurrencia de los requisitos para la procedencia de la colaboración eficaz en los términos que define el propio legislador”³⁴. Agregando esta sentencia que “Que es un requisito expreso e imperativo conforme al tenor del inciso cuarto del artículo 22 de la ley N° 20000, que el Ministerio Público “deberá expresar” en las oportunidades procesales que indica la norma, “si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso primero” del mismo artículo, estándole entonces vedado al “juez de mérito” pronunciarse acerca de dicha atenuante de responsabilidad penal sin su invocación previa por parte del Ministerio Público”³⁵.

La Corte Suprema también ha podido pronunciarse al respecto, señalando que la existencia de la cooperación eficaz sólo se afirmaba en los dichos del imputado “sin que –a mayor abundamiento–, haya sido reconocida tal circunstancia por el Ministerio Público, ente encargado constitucionalmente de investigar y acusar, correspondiéndole en tal sentido, determinar también su fundamento, seriedad y verosimilitud, para pugnar por su establecimiento, lo cual no ocurrió en la especie”³⁶.

e) Efectos

Una vez que el fiscal ha reconocido la procedencia de la cooperación eficaz, sea en la audiencia de formalización o en el escrito de acusación, en el correspondiente juicio el tribunal podrá reducir la pena que debiera imponerse al cooperador hasta en dos grados.

33 Considerando segundo de la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Rancagua, de 27 de agosto de 2007, Rol N°286-2007.

34 Considerando tercero de la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, de 03 de junio de 2016, Rol N°336-2016.

35 Considerando cuarto de sentencia citada Rol N°336-2016.

36 Considerando 65° de la sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 07 de agosto de 2007, Rol N°2958-2007.

Esa rebaja de dos grados corresponde realizarla al final del proceso de determinación concreta de la pena, esto es, después que esté claro el iter criminis, el grado de participación como autor, cómplice o encubridor, y tras el “juego” de atenuantes y agravantes regulado en los artículos 67 y siguientes del Código Penal, desde que el artículo 260 quáter explicita que la reducción de la pena (de dos grados) se realizará *“con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurran; o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales”*.

Lo único que faltaría para determinar la sanción a imponer, luego de hecha la reducción de la cooperación eficaz, sería revisar la procedencia de su exasperación por la posible reiteración de delitos, conforme a las reglas del artículo 74 del Código Penal o 351 del Código Procesal Penal, con lo que se viene a concluir el proceso de individualización de la pena.

f) Exclusión de ciertas autoridades

Tal como señalamos en el capítulo de la historia de la ley, el legislador no quiso entregar este beneficio a las más altas autoridades que pudieran verse involucradas en hechos de corrupción, dado que se podía estimar contradictorio, que por una parte se elevaran las penas, y por otra, se incluyera una atenuante especial que dejaría sin efecto el “alza” en la penalidad, y además, por cuanto, las altas autoridades serían normalmente los “cabecillas” de un hecho de corrupción quienes no merecerían este beneficio procesal.

Por ello, el inciso final del artículo 260 quáter señala que no será posible reconocer la cooperación eficaz a:

- Empleados públicos que desempeñen un cargo de elección popular o de exclusiva confianza de éstos, entre los primeros, el Presidente de la República, Senadores, Diputados, Alcaldes, y entre los segundos, Ministros de Estado, Intendentes, Seremis, directivos de servicios públicos.
- Funcionarios de alta dirección pública del primer nivel jerárquico. Normalmente se trata de jefes de servicios públicos.
- A los que sean fiscales del Ministerio Público. No se distingue, por lo tanto incluye al Fiscal Nacional, fiscales regionales y adjuntos.
- Ni a aquellos que, perteneciendo o no al orden judicial, ejerzan jurisdicción. En esta categoría se encontrarán jueces, Ministros de Corte de Apelaciones o Corte Suprema.

Si estas autoridades cooperan con la investigación, pese a que no pueden acceder a la cooperación eficaz, podrían perfectamente configurar la atenuante de colaboración sustancial con la investigación, sobre cuya vinculación nos detenemos en el siguiente párrafo.

g) Vinculación con la atenuante de colaboración sustancial

La cooperación eficaz y la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, que se reconoce a quien haya “colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos”, podrían confundirse atendido que ambas *“tienen un mismo fundamento político criminal, esto es la cooperación con la acción de la justicia, por lo que surge la interrogante si ambas figuras pueden aplicarse de manera conjunta o si por el contrario es incompatible el reconocimiento de ambas respecto de un mismo hecho”*³⁷.

Aunque han existido pronunciamientos contradictorios, destacamos el fallo de nuestro máximo tribunal que analizando su concurrencia en forma conjunta ha señalado que *“Aparecen ambas, como es posible apreciar, con una misma exigencia en cuanto a la trascendencia que debe tener la colaboración prestada. La ley especial indica que ella debe ser “eficaz”, en tanto la ley común señala que ha de ser “sustancial”. Ambos conceptos se corresponden a un mismo rango de relevancia en la información prestada y la única distinción que pudiera aparecer importante a primera vista, pero que no lo es en realidad, es que en la ley especial, el objeto de la colaboración puede ser no sólo esclarecer “el hecho” como se aprecia de la norma analizada del Código Penal, sino que además, puede ayudar a determinar partícipes e incluso a evitar otros delitos de similar naturaleza. Empero, la correcta interpretación de la atenuante contenida en el 11 N° 9, no la limita a los casos en que el acusado colabora con los presupuestos fácticos del delito, sino que también, cuando ha delatado a otro u otros partícipes”*³⁸.

Agrega la Corte Suprema que *“Existe, por lo tanto, una correlación absoluta entre ambas circunstancias atenuantes, debiendo aplicarse en los casos de tráfico de sustancias estupefacientes la del artículo 22 de la ley 20.000 por sobre la del artículo 11 N° 9 del Código Penal, atendido el principio de especialidad; sin que sea óbice para ello el hecho que en el primer artículo mencionado se contemple una mayor facultad de rebaja de sanción “de hasta dos grados”- cuestión que tiene que ver sólo con el propósito de los legisladores de favorecer de mejor manera a quienes se arriesgan al prestar colaboración contra una banda de delinquentes y, precisamente, para favorecer la delación en este tipo de delito que constituye una grave flagelo para la salud pública de la población”*³⁹.

37 VILLARROEL, ob. cit., página 30.

38 Considerando 10° de la sentencia de la Excm. Corte Suprema, de 03 de septiembre de 2007, Rol N° 3206-07.

39 Considerando 10° sentencia citada Rol N° 3206-07.

A nuestro juicio, y siguiendo la línea trazada por la mencionada sentencia, pareciera posible sostener que resulta incompatible reconocer una cooperación eficaz y una colaboración sustancial *“cuando ambas figuras se basan en los mismos antecedentes, ya que existe entre la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos y la cooperación eficaz una relación de especialidad que se resuelve por el principio de consunción primando la norma del artículo 22 de la Ley N° 20.000 por sobre la norma genérica del artículo 11 número 9 del Código Penal”*⁴⁰. En los casos de corrupción, la especialidad estaría dada en el precepto del artículo 260 quáter.

Además, podría sostenerse que no procede su aplicación conjunta *“ya que en caso contrario se estaría considerando dos veces una misma circunstancia para disminuir la responsabilidad penal, vulnerando con ello la prohibición de doble valoración”*⁴¹.

V. REFLEXIONES FINALES

La cooperación eficaz, en su doble faceta, de herramienta de investigación y de atenuante especial de responsabilidad penal, se constituirá en un instrumento relevante para las investigaciones por delitos de corrupción. Al elevarse las penas de estos delitos, aparece el incentivo necesario para que quienes han tenido algún tipo de participación en el hecho delictual, deseen colaborar con la fiscalía a los efectos de enfrentar penas menos rigurosas.

La fiscalía, pensando en que el reconocimiento de la atenuante de colaboración eficaz es una atribución exclusiva del Ministerio Público, debiera tener un rol proactivo en esta materia, y sacar el máximo provecho a la herramienta de investigación, procurando que imputados de menor nivel en la organización puedan aportar datos valiosos que permitan construir una imputación hacia las más altas autoridades involucradas en un hecho de corrupción. No debiera ser un rol de la defensa, el motivar a sus imputados a prestar declaraciones buscando que se le reconozca su cooperación eficaz, por el contrario, razones estratégicas deben permitir a los fiscales apoyar su investigación en la información precisa, veraz y comprobable que ciertos testigos o imputados pudieran aportar, orientando desde el inicio las líneas de investigación en conformidad a los dichos y antecedentes que pueda entregar un cooperador, a quien perfectamente se le puede explicar que existe la posibilidad de reconocerle la cooperación eficaz.

40 VILLARROEL, ob. cit., página 44.

41 VILLARROEL, ob. cit., página 44.

En el mismo sentido, aprovechando que el legislador ha ampliado las finalidades de esta institución, incluyendo referencias a los datos que puedan entregar los cooperadores para facilitar el comiso de los bienes, instrumentos, efectos o productos del delito, la fiscalía debería implementar una estrategia hacia estos imputados con el objetivo de complementar las investigaciones patrimoniales, accediendo en forma voluntaria a la entrega de la información bancaria, pero más concluyentemente, buscando que entreguen las explicaciones precisas respecto a los movimientos de dinero asociados a un hecho de corrupción, especialmente, en aquellos casos en que no han quedado rastros en el sistema financiero de depósitos y transferencias de dinero en efectivo.

Hay un desafío entonces para el Ministerio Público, en cuanto a obtener mayor eficacia en la persecución penal de la corrupción, haciendo uso de esta nueva herramienta de investigación.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN TRÁFICO ILÍCITO DE
ESTUPEFACIENTES Y
SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

LA DENUNCIA ANÓNIMA EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS DE LA LEY N° 20.000

Alejandro Ivelic Mancilla¹

“Evidentes, pero consagrados desórdenes son las acusaciones secretas, y en muchas naciones admitidos como necesarios por la flaqueza de la Constitución. Semejante costumbre hace a los hombres falsos y dobles. Cualquiera que puede sospechar ver en el otro un delator, ve en él un enemigo. Entonces los hombres se acostumbran a enmascarar sus propios dictámenes, y con el uso de esconderlos a los otros llegan finalmente a esconderlos de sí mismos... ¿Quién puede defenderse de la calumnia cuando ella está armada del secreto, escudo el más fuerte de la tiranía?”²

I. INTRODUCCIÓN

Cesare Beccaria, ya advertía en su época los abusos que generaba el empleo de acusaciones secretas como instrumento de persecución penal. En efecto, el uso de esta técnica procesal, parecía incompatible con las ideas y principios de la ilustración, especialmente contraria a la racionalidad, ya que el acusado de una denuncia anónima, no tenía ninguna posibilidad de indagar, o contrastar la fuente de la acusación secreta que lo incriminaba.

El cambio del modelo de enjuiciamiento inquisitivo a uno de corte acusatorio, fundado en el debido proceso, como una serie de garantías irreconciliables con el secretismo y contrario a la imposibilidad de impugnar las pruebas, ha puesto en tensión algunas funciones de la denuncia anónima³, especialmente

1 Abogado, Subdirector de la Unidad de Tráfico de Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público. Magister en Derecho Público U. de Chile. Magister en Derecho Penal PUCV.

2 Beccaria, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*,

3 El sistema de enjuiciamiento inquisitivo normativizó rigurosamente la denuncia anónima como un acto jurídico procesal. Uno de los textos jurídicos que detalló la denuncia anónima fue el Manual del Inquisidor de España de 1821, que en su Capítulo 1 sobre la formación y sustanciación de las causas, fomentaba el uso de la denuncia anónima, incentivada por la mínima responsabilidad y cargas procesales del delator: *“Tres modos hay de formar causa en materia de herejía; por acusación, por delación y pesquisa. Formase causa por acusación cuando se ofrece el delator a probar lo que dice, sujetándose a la pena del talión en caso de no dar pruebas.*

Rara vez debe seguir un inquisidor este modo de proceder; lo primero, porque no está en práctica; lo segundo, porque corre grave peligro el acusador; y lo tercero, porque es largo y litigioso. Muy al contrario ha de avisar al acusador del riesgo a que se expone, y disuadirle en cuanto pueda.

cuando esta pretende ser utilizada como fundada sospecha para actuaciones limitadoras de garantías fundamentales o, como una fuente de prueba.

En relación a la validez de la denuncia anónima en el proceso penal, en general, se le critica su falta de fiabilidad, la imposibilidad de verificar su fuente⁴, el peligro que sirva para encubrir o enmascarar actividades antijurídicas, y el riesgo de arbitrariedad policial⁵.

... El segundo método de formar sumaria en virtud de delación es el más usual. Uno es delatado por otro como reo de herejía, sin que el delator se haga parte, y por no incurrir en la excomunión en que incurren los que no delatan, o por celo de la fe. La delación se recibe o por un escrito que presenta el delator, o escribiendo lo que declara; jura luego a Dios y a una cruz que dice verdad, y se le preguntan las circunstancias de tiempo y lugar, los motivos que para hacer su delación tiene, etc.

En la sustanciación de la causa procede el inquisidor de oficio, y no hay parte contraria.

Puede el inquisidor admitir la delación con solo la asistencia de un secretario, y sin que esté presente ningún testigo...”.

- 4 Sobre la dificultad de identificación del denunciante como elemento determinante para la confiabilidad de la denuncia, es bastante ilustrativo el fallo de la Excm. Corte Suprema, de 25 abril 2016, Rol 17.552-2016, que acogió el recurso de nulidad, en un caso donde el único indicio para controlar la identidad del imputado fue una denuncia anónima: “10: *Que ... en la especie sólo de los datos provenientes de una persona desconocida, que no ha sido identificada, no prestó declaración en el juicio, no fue individualizada por los funcionarios policiales en sus declaraciones ni se demostró el registro de su denuncia, habría surgido la información sobre la presunta actividad constitutiva de delito por parte del acusado, sin que tal comportamiento fuera apreciado por los policías, por lo que una visión objetiva del asunto permite concluir que al momento de practicarse el referido control de identidad no existía certeza alguna ni un caso fundado en que concurrieran los indicios a que se refiere el artículo 85 del Código Procesal Penal, toda vez que no apreciaron elementos precisos referidos a la comisión del hecho aludido en la denuncia”.*- 5 Respecto del peligro de arbitrariedad policial que pudiera conllevar el uso de la denuncia anónima, destaca el fallo de la Excm. Corte Suprema de 31 de Marzo 2016, Rol 14.725-2016, que acogió el recurso de nulidad en un caso donde el único indicio para efectuar un control de identidad fue el dato aportado por un denunciante anónimo: “11: *... el único indicio -la llamada telefónica anónima- que llevó a los policías a efectuar el control de identidad de la acusada, ni siquiera puede calificarse como uno de carácter objetivo que pueda ser posteriormente verificado durante el control judicial(...).*
En efecto, tratándose en particular de denuncias anónimas, no puede estarse para tenerlas como un indicio objetivo que permita el control de identidad, a los meros dichos del policía que realiza el control y que alega su existencia -en la especie, pudo presentarse como testigo al policía que recibió la llamada, e incorporarse los registros computacionales y documentales que se menciona existir-, pues ello abre las puertas de par en par para la arbitrariedad policial, ya que ante la ausencia de indicios objetivos, los elementos subjetivos que en realidad pudieron haber llevado al policía al control, como marginalidad, excentricidad en el vestir, antecedentes policiales previos, etc., siempre podrán encubrirse, y justificarse, en un supuesto indicio objetivo constituido por la denuncia anónima, ya sea la entregada en forma telefónica o por un transeúnte o vecino que no quiso identificarse etc. y de lo cual no se dejó registro o no se aportó al tribunal para su examen bajo la excusa de un supuesto mero descuido de carácter formal sin mayor trascendencia”.

No obstante estas críticas, no se puede negar a todo evento, en forma absoluta, la validez de la denuncia anónima en el proceso penal, ya que la denuncia anónima, por sí sola, no necesariamente conlleva afectación de derechos fundamentales.

Serán las actuaciones que deriven de la denuncia anónima, la utilidad que se le confiera o sus funciones, lo determinante para evaluar si hay o no afectación a garantías fundamentales.

Cuando la denuncia anónima es utilizada como dato útil en la labor de inteligencia policial, o cuando es empleada únicamente como impulsor de una investigación penal, no implica conculcación a ninguna garantía fundamental. Pero, cuando la denuncia anónima es utilizada para realizar actuaciones que afecten garantías fundamentales, habrá que analizar si esta actuación, se justifica por ser idónea al fin legítimamente buscado, necesaria entre los mecanismos disponibles e igualmente eficaces para lograr el objetivo y, proporcional al caso específico.

En concreto, para determinar la legitimidad de la denuncia anónima, habrá que atender a su funcionalidad, a su cobertura normativa, y a las distintas variables que pueden ser ponderadas en el caso real, tales como la gravedad del delito denunciado, el peligro para la víctima, la inminencia de los hechos denunciados, el riesgo de retraso en el actuar, la posibilidad de esperar instrucciones, etc.

II. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LA DENUNCIA ANÓNIMA

La denuncia anónima es el anoticiamiento secreto de la comisión de un hecho delictivo.

La denuncia anónima puede clasificarse de acuerdo a varios criterios:

1. De acuerdo a la calidad de su contenido: La denuncia anónima puede ser completa, si es detallada y contiene con claridad los elementos delictivos que configuran el delito o, incompleta, si contiene información vaga, insuficiente, o trata sobre un delito genérico⁶.

6 La calidad de la información, es una de las variables más importantes que ha ponderado la Suprema Corte de los EEUU para dispensarle confiabilidad a la denuncia anónima, en los casos que se ha discutido infracción a la Cuarta Enmienda. Así en el fallo Navarrete v/s California (572) 2014, razonó la Suprema Corte lo siguiente: *“La sospecha razonable necesaria para justificar dicha detención depende tanto del contenido de la información que posee la policía como de su grado de confiabilidad... La norma tiene en cuenta la totalidad de las circunstancias: el panorama completo. Aunque un simple presentimiento no crea*

2. De acuerdo a la forma en que se comunica: La denuncia anónima puede ser presencial o no presencial (por ejemplo, la denuncia telefónica)⁷.
3. En cuanto a su registro: La denuncia anónima puede ser registrada o no registrada⁸.
4. De acuerdo al destinatario: La denuncia anónima puede dirigirse a las policías, al Ministerio Público, a los Tribunales o alguna autoridad administrativa⁹.

sospechas razonables... el nivel de sospecha... requiere que sea considerablemente menor que la prueba de irregularidad por una preponderancia de la evidencia... obviamente menos de lo necesario por causa probable, EEUU v. Sokolow, 490 US 1, 7 (1989)... la corroboración de ciertos detalles por parte de los oficiales hizo que la denuncia anónima fuera lo suficientemente confiable como para crear sospechas razonables de actividad criminal. Al predecir con precisión el comportamiento futuro, el informador demostró una familiaridad especial con los asuntos ... lo que a su vez implicaba que el informante tenía acceso a información confiable sobre las actividades ilegales ...”.

- 7 La Excm. Corte Suprema en causa Rol Ingreso 5.841-2015 de 11 de Junio 2015, rechazó un recurso de nulidad por denuncia anónima, haciendo una distinción entre la denuncia telefónica y la presencial, otorgándole mayor poder conviccional a la denuncia presencial: “7°: Que no está demás consignar que esta Corte ya ha tenido oportunidad de remarcar las diferencias que existen entre las denuncias anónimas efectuadas a las policías de manera personal y vía telefónica, así en la causa Rol N° 22.302-14 de 1 de octubre de 2014 (...). En el caso de autos, en cambio, se trata de una vecina que se aproxima y dialoga con los funcionarios policiales, a quienes entrega datos precisos ... y si bien no se registró la identidad de dicha persona por el anonimato en que ésta solicitó ampararse, no puede sin más analogarse su situación a la de una llamada telefónica, pues en el caso sub lite es razonable suponer... que los funcionarios tuvieron más elementos para sopesar al momento de estimar que se encontraban frente a un caso de aquellos a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, y a los cuales no se puede acceder mediante una comunicación telefónica...”.
- 8 Sobre el registro y la infracción de deber de registro, ha sido un elemento relevante para nuestra Excm. Corte Suprema al momento de ponderar si la denuncia anónima tuvo la virtud de alcanzar el grado de convicción, de indicio para un control de identidad. Así el fallo de la Excm. Corte Suprema Rol Ingreso 40.572-2018 de 16 Agosto 2016, acogió el recurso de nulidad en un caso en que el único indicio para controlar la identidad del imputado fue una denuncia anónima, argumentó lo siguiente: “7°...no resulta aceptable para este tribunal considerar que tal escenario propiciaba el requerimiento de identificación del sentenciado. En efecto, uno de los pretendidos indicios consiste en una denuncia que carece de caracteres que permitan asegurar su seriedad y verosimilitud, por cuanto no sólo se trata de una “fuente cerrada” de la cual no se entrega antecedente alguno por los policías, sino que además no está debidamente registrada, y con ello, resulta imposible para la defensa desvirtuar ese antecedente investigativo, y al tribunal le impide controlar su legalidad, motivos por los cuales es un antecedente que no tiene validez como elemento que permita inferir que los policías se encuentran ante un caso fundado que habilite la actuación en examen...”.
- 9 El uso de procedimientos administrativos, ampliamente difundidos a nivel nacional para denunciar delitos, como el programa “Denuncia Seguro” del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, ha sido reconocido por la Excm. Corte Suprema en fallo Rol Ingreso 10.625-2018 de 26 de Julio 2018, donde rechazó recurso de nulidad por haberse acudido

III. FUNCIONES DE LA DENUNCIA ANÓNIMA

De acuerdo al uso que las agencias de persecución penal le den al contenido de la denuncia anónima, ésta puede cumplir variadas funciones dentro y fuera del proceso.

Descartando la posibilidad de que la denuncia anónima pudiera constituir un medio de prueba legítimo para fundar una sentencia condenatoria, interesan tres funciones que permiten debatir y sustentar su validez para otros efectos:

1. Denuncia anónima como información de inteligencia: Son supuestos en que la denuncia anónima es un dato recolectado por las agencias policiales, donde su contenido ingresa a un proceso de tratamiento de información, lugar en el cual es analizada, evaluada, cotejada e interpretada en conjunto con otros elementos, pudiendo transformarse en conocimiento, para eventualmente servir de información para la toma de decisiones.

2. Denuncia anónima como acto promotor de una investigación: La denuncia anónima opera como mecanismo precursor de una investigación penal. Es una de las formas de inicio de una investigación. Entendemos que esta actividad por sí sola, no conlleva una afectación de garantías fundamentales, si de ella no emanan directamente actos limitadores de derechos y garantías fundamentales, ni medidas intrusivas¹⁰.

a dicho instrumento de denuncia: “9°:… los funcionarios efectuaron el control de identidad del acusado producto de la vigilancia efectuada a la plaza pública … diligencia efectuada en cumplimiento de una orden de investigar decretada en base a antecedentes proporcionados a “Denuncia Seguro”, en la que apreciaron a una persona delgada que estaba sentada en un banco, realizar movimientos atribuibles a comercialización de droga, información que fue corroborada … lo que constituye un antecedente suficiente para validar el uso de la norma del artículo 85…”.

También el uso de la plataforma de denuncias “Fonodrogas” ha sido reconocido por la Excm. Corte Suprema, en causa Rol Ingreso 14.275-2016 de 31 de Marzo del 2016, como mecanismo legítimo de denuncia, donde rechazó recurso de nulidad: “7°:… no caben dudas en cuanto a que la diligencia en examen fue dispuesta dentro del desarrollo de una investigación ordenada por el ente persecutor, luego de denunciado el ilícito mediante un instrumento previsto para que la ciudadanía dé cuenta de actividades de tráfico de estupefacientes reservando su identidad ante el temor de sufrir represalias, como es el fono drogas, y la subsecuente verificación de los hechos denunciados mediante observaciones no invasivas…”.

10 En este sentido, la Excm. Corte Suprema en fallo Rol Ingreso N° 73.836-2016 de fecha 22 de agosto de 2016, se pronunció positivamente sobre la legitimidad de las denuncias anónimas en los delitos de narcotráfico, cuando ellas puedan dar lugar a medidas investigativas no intrusivas, como la vigilancia a un domicilio: “Sexto: … Siguiendo con esa línea, la formulación de denuncias anónimas a la policía no surge como un dato intrascendente, puesto que es indudable que la ciudadanía tiende a mantener su identidad en reserva al dar noticia de una actividad de tráfico de estupefacientes, por el temor de sufrir

3. Denuncia anónima como indicio de para un control de identidad: En este supuesto, el contenido de la denuncia anónima constituye un elemento de convicción policial que debe tener una base real, objetiva y debe ser ponderado no solamente por el policía que lo practica, sino también por el Juez de Garantía que evalúa si se dieron en el caso concreto los requisitos legales para tal actuación autónoma.

IV. VALIDEZ DE LA DENUNCIA ANÓNIMA COMO INFORMACIÓN DE INTELIGENCIA

La actividad de recolección de información, tanto de fuentes cerradas como de fuentes abiertas, es una labor esencial de todo organismo policial, sin la cual es imposible entender el razonable cumplimiento de las funciones preventivas e investigativas de los órganos policiales¹¹.

represalias, al tener conocimiento del usual porte de armas por parte de quienes venden drogas como de su pertenencia a organizaciones que le prestan apoyo. En este contexto, no es inusual que la notificación de tales injustos se haga de forma anónima, por lo que aparece factible que el conocimiento que los funcionarios policiales reciban por esa vía únicamente indique un lugar y las características o apodo de la persona que presumiblemente provee de drogas. Por ello, no es cuestionable la decisión del fiscal de disponer una vigilancia del domicilio, pues la información con que contaba es suficiente para llevar a cabo una medida no invasiva. En suma, la diligencia en examen no transgrede el derecho a un debido proceso de la imputada, y por lo mismo no adolece de vicio de nulidad alguno”.

- 11 La denuncia anónima como dato valioso en el proceso de inteligencia policial, ha sido reconocido por la Excma. Corte Suprema en fallo Rol Ingreso N° 53.009-2016 de fecha 6 de Octubre del 2016, donde rechazó por recurso de nulidad. En el caso, carabineros en forma deliberada, había intensificado la labor preventiva en un sector de la comuna de Viña del Mar, atendido el aumento de delitos en dicho lugar, información que fue proveída por la sección de análisis de la Prefectura de Carabineros, antecedentes que en conjunto a otros elementos del caso, facultaron el control de identidad del imputado: “ó° ... es necesario precisar que el fundamento séptimo asentó que dos funcionarios de la Prefectura de Viña del Mar, debido al aumento de índices de robos en el sector de Nueva Aurora fueron destinados a patrullar ese lugar. Es en dicho contexto, que en la intersección de las calles Chile Sur con Nueva Aurora, se les informó por unas personas que un sujeto de 17 años estaba merodeando el sector donde habían vehículos estacionados, precisando uno de los funcionarios que desde una distancia de 50 metros lo sindicó con la mano, por lo que se acercaron a él y le efectuaron un control de identidad, lo que es propio de las obligaciones habituales de prevención de delitos de Carabineros y se encuentra inserta dentro de sus fines institucionales. Que, como se advierte, el control de identidad practicado al imputado tuvo como justificación las anotadas circunstancias, que constituyen los indicios exigidos en la norma citada y que aparecen como razonablemente interpretados por los funcionarios aprehensores, validando su decisión de recurrir a la herramienta indicada... En la especie, según la información de la Prefectura de Carabineros de Viña del Mar, en un sector donde se había producido un aumento de los índices de robo, se denunció por civiles que un sujeto de 17 años estaba merodeando el sector donde habían vehículos estacionados, por consiguiente, no resulta aceptable restar toda validez a dicha denuncia a pretexto que los denunciantes no fueron individualizados, por tratarse de una noticia de un delito que, no obstante la circunstancia señalada, estaba revestida

Por otra parte, dentro de las actuaciones de inteligencia, se encuentra previsto el proceso de recolección de información, en el art. 2 de la Ley N° 19.774 sobre el sistema de inteligencia del Estado:

“Para los fines de esta ley y de las actividades reguladas por la misma, se entiende por:

- a) Inteligencia: el proceso sistemático de recolección, evaluación y análisis de información, cuya finalidad es producir conocimiento útil para la toma de decisiones”.*

Encontrando sustento normativo, el proceso de recolección de información de fuentes cerradas, y mientras no haya afectación de garantías fundamentales. La denuncia anónima es válida en el proceso de inteligencia policial¹².

de suficiente seriedad y verosimilitud para habilitar la realización de las primeras pesquisas de investigación por los funcionarios policiales”.

- 12 Respecto de las actuaciones policiales en el marco de la Ley N° 19.974, especialmente las que dicen relación con la actividad de recolección de información, destaca la Sentencia de la Illma. Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 17 de Enero de 2020, Rol N° 20-2020, que rechazó recurso de amparo de las recurrentes, quienes a través del hackeo del sistema informático de Carabineros, tomaron conocimiento de una serie de actividades de vigilancia e información que respecto de ellas se encontraba realizando DIPOLCAR de Carabineros: “2°: *Que en el presente libelo, en síntesis se alega la puesta en peligro la seguridad individual y la libertad personal de las recurrentes, que conforme a ser dirigentes y activistas sociales, en especial dentro del área medio ambiental, serían objeto de parte de carabineros de Chile, de actividades de investigación como blancos de interés, y que se traduce en vigilancias ... 3°: Que de los antecedentes proporcionados por las recurrentes en estrados y lo informado por los recurridos, es posible tener por acreditado que como consecuencia de un hackeo a determinados documentos de esta institución, se tuvo noticia de las actividades de seguimiento policial ... 4°: Que, sin perjuicio de lo anterior, independiente del origen de la información, esta al ser develada debe de analizarse en si, en cuanto si dicha actividad se ajusta o no a los cánones de legitimación constitucional respecto de la posición en que quedan los recurrentes. 5°: Que, conforme a nuestro ordenamiento jurídico Carabineros de Chile, en relación a la actividad desplegada y que motiva esta acción de amparo, se advierte que por nuestra carta magna en el inciso segundo del artículo 101 que ... a su vez la ley N° 18.961 ... establecen finalidades de Carabineros, entre ellas reitera la de garantizar el orden público y la seguridad pública interior ... 6°: Que es en el cumplimiento de tal obligación que Carabineros realiza labores de esta naturaleza, conforme a lo regulado por la Ley N° 19.974 ... 7°: Que en cuanto al contenido de la función de inteligencia, ha de estarse a lo definido en la misma Ley ... 8°: Que fijado el marco regulatorio que confiere a Carabineros de Chile la función de inteligencia policial para cumplir el cometido de garantizar el orden público y la seguridad pública interior, se puede advertir que la forma en que se obtuvieron los datos de inteligencia que se refieren a los amparados conforme a lo expuesto en el recurso en examen, se ajusta lo preceptuado por la ley ... 9°: Que de acuerdo al tenor del recurso de amparo, y de los hechos que denuncia como agraviantes, a saber seguimiento o vigilancia, se puede advertir que carabineros obtiene la información de fuentes abiertas, razón por la cual no requiere de procedimientos especiales previos, como la obtención de autorización judicial previa. Unido a lo anterior, llama la atención que tampoco los recurrentes hayan solicitado la actuación del juez de garantía en conformidad al artículo 186 del Código Procesal Penal ...”.*

V. VALIDEZ DE LA DENUNCIA ANÓNIMA COMO ACTO PROMOTOR DE UNA INVESTIGACIÓN

No se puede a *priori* desestimar la validez de la denuncia anónima, atendido que son muchas las hipótesis y variables que pueden presentarse en un caso concreto.

La funcionalidad o el rol de la denuncia anónima en el proceso penal, será uno de los factores importantes para determinar su legitimidad. Desde ya, se descarta la posibilidad que pueda ser utilizada como prueba para la convicción de culpabilidad, pero no así, cuando es utilizada como acto promotor de una investigación.

En este sentido, hay razones normativas que respaldan la legitimidad de dicha función, ya que hay un evidente interés público en que los delitos sean investigados, no obstante las deficiencias que la denuncia pueda presentar. Entre los fundamentos positivos, se destacan los siguientes:

1. Actuaciones de la policía sin orden previa. El art. 83 del CPP obliga a las policías a “*recibir las denuncias del público*” no pudiendo discriminar entre aquellas denuncias que se hacen con, o sin la identidad del denunciante.

2. Principio de la oficialidad. El art. 166 del CPP es perentorio para la Fiscalía. “*Cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso...*”. De conformidad con este principio, sería arbitrario (por falta de razonabilidad) no iniciar investigación por ausencia de identificación del denunciante.

3. Forma de inicio de una investigación: De conformidad a lo dispuesto en el artículo 172 del CPP, la denuncia (aunque sea anónima) es uno de los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para iniciar una investigación.

4. Sujeto activo de la denuncia: El art. 173 del CPP consagra el derecho de “*cualquier persona*” para denunciar independiente de su identidad. Norma que emana del principio democrático y del acceso a la justicia.

5. Formalidades de la denuncia: El art. 174 del CPP admite las formas más amplias de denunciar un hecho delictivo: “*La denuncia podrá formularse por cualquier medio y deberá contener la identificación del denunciante, el señalamiento de su domicilio, la narración circunstanciada del hecho, la designación de quienes lo hubieren cometido y de las personas que lo hubieren presenciado o que tuvieran noticia de él, todo en cuanto le constare al denunciante*”. Los elementos descritos en la norma son meras formalidades de la denuncia, no son normas de validez que integren el bloque del debido proceso. Por lo tanto, la ausencia de señalamiento de domicilio, por ejemplo, no invalida el acto comunicativo a las policías, no impide ni exime ejercer la función pública a las autoridades policiales.

6. Obligación de denunciar: El art. 175 del CPP establece la obligación de las policías de denunciar *“Estarán obligados a denunciar...”*, por lo que no es admisible el incumplimiento de tales labores ministeriales, a pretexto de la falta de identificación del denunciante.

7. Principio de la unidad del ordenamiento jurídico: Los arts. 177 del CPP y 13 de la Ley N° 20.000, tipifican figuras de omisión impropia para los funcionarios públicos que omitan denunciar un hecho que revista caracteres de delito. Una interpretación coherente del ordenamiento jurídico, conlleva concluir que la denuncia anónima ha de servir igualmente (en los mismos términos) que una denuncia completa con denunciante identificado, para iniciar una investigación, ya que hay un interés público en la investigación de los delitos, por sobre las formalidades de su requerimiento.

8. La causal de justificación en el delito de omisión de denuncia, del art 177 inciso final del CPP, no opera cuando la denuncia es anónima. *“La pena por el delito en cuestión no será aplicable cuando apareciere que quien hubiere omitido formular la denuncia arriesgaba la persecución penal propia, del cónyuge, de su conviviente o de ascendientes, descendientes o hermanos”*.

9. Regla general de la acción penal del art 53 CPP: La regla general es que los delitos sean de acción penal pública, donde es irrelevante la identificación del denunciante, la cual *“deberá ser ejercida de oficio por el ministerio público”*.

10. Irrelevancia de la identificación y manifestación del denunciante: La regla del art. 54 del CPP, para los casos de imposibilidad de formular denuncia por parte del afectado en los delitos de acción penal privada, obliga al Ministerio Público a actuar de oficio. Entendemos que, con mayor razón, ante un déficit en la denuncia (como la falta de identificación o falta de domicilio del denunciante) en delito graves de acción penal pública, hay un mayor deber de actuar.

11. Plazo perentorio para iniciar la investigación del art. 180 CPP, da cuenta del objetivo que persigue el legislador, en orden a que todos los hechos delictivos sean investigados, no obstante el déficit que pueda presentar la denuncia.

12. La calificación de la denuncia es una facultad del Ministerio Público: El art 168 del CPP que regula la facultad de no inicio de una investigación, reserva a la Fiscalía el examen de mérito y contenido de la denuncia, no a la policía que la recibe. Esta facultad que consiste en *“abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito...”* no opera en caso de falta de identificación del denunciante.

VI. VALIDEZ DE LA DENUNCIA ANÓNIMA COMO INDICIO PARA UN CONTROL DE IDENTIDAD

El indicio como presupuesto para una actuación autónoma de control de identidad, debe tener una base real y objetiva y no podría fundarse en la mera impresión subjetiva del agente policial que la práctica.

Para determinar si la denuncia anónima puede transformarse en un indicio, habrá que atender al caso concreto, si se satisfacen o no los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Éste debiera ser el estándar para comprobar si la actuación policial afectadora de derechos fue correctamente ejercida.

Para evaluar si el indicio fundado en una denuncia anónima fue conforme a derecho, necesariamente habrá que acudir al test de proporcionalidad, ya que los intereses en juego siempre van a ser diferentes y por lo tanto no se puede establecer un orden de precedencia absoluto de los bienes jurídicos en conflicto. Por el contrario, en materia de derechos afectados por un control de identidad, debe haber un orden de precedencia condicionado, que solamente opere en el caso concreto, de acuerdo a las circunstancias de cada caso particular.

Muchas veces la denuncia anónima, dará lugar a un conflicto entre el deber de investigar delitos graves (o dar protección a la víctima), por una parte, y las garantías fundamentales de la persona afectada o sujeta a control, por la otra.

Como la afectación a los derechos de la persona sometida a control va a consistir en un sacrificio real, y la satisfacción del interés de investigar delitos graves (o dar protección a la supuesta víctima) va a ser un beneficio hipotético, las variables de ponderación de la necesidad de la medida deben ser lo suficientemente intensas para que justifiquen la restricción.

Dentro de esas variables, con las que debiera ser evaluada la denuncia anónima en los casos de indicio para un control de identidad, destacan las siguientes:

1. La gravedad del delito denunciado: Esta variable mide el nivel de importancia normativo, el estatus de uno de los derechos que entra en colisión. Mientras más grave sea el delito denunciado, tendrá mayor peso abstracto en la ponderación.

Por si sola no basta, no es autosuficiente para resolver el dilema de conflicto de derechos, pero es un indicador que sirve como punto de partida para el análisis¹³.

¹³ Respecto del anonimato en la denuncia de delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, la Excm. Corte Suprema en el fallo de 3 de Marzo del 2016, Rol 5.623-2016, analizó el anonimato conforme a las máximas de la experiencia, en lo relativo a la reserva de identidad que hizo el denunciante, teniendo en cuenta que no puede pasarse por alto que “su anonimato

2. La urgencia de la actuación policial: Es un indicador que sirve para justificar los niveles de intensidad de la afectación, conforme a la inminencia del daño o lesión de uno de los bienes jurídicos en colisión¹⁴. Si en el caso concreto, existía la posibilidad de recibir instrucciones, o estaban disponibles otros mecanismos igualmente eficientes, y menos lesivos para dar protección al bien jurídico, debería haberse optado por esa otra alternativa.

VII. CONCLUSIONES

1. La denuncia anónima puede cumplir diversas funciones en un proceso penal: como información útil para el área de inteligencia policial, como acto precursor de una investigación, como indicio para un control de identidad, etc.

puede ser razonable considerando el delito que denuncia, ya que las máximas de la experiencia suelen demostrar que por regla general los particulares no dan cuenta de este tipo de ilícitos y cuando dan noticia de ellos lo hacen resguardando su persona a fin de evitar represalias...”

- 14 Respecto a la urgencia y al deber de actuar inmediato de las policías, la Excm. Corte Suprema en fallo de fecha 11 de junio de 2015, Rol 5.841-2015, destacó esas variables al momento de ponderar una denuncia anónima por delito de tráfico de estupefacientes: “8°: *Que, por otra parte, si bien el artículo 173, inciso 2°, del Código Procesal Penal prescribe que la denuncia formulada ante los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones, debe hacerse llegar por éstos “de inmediato” al Ministerio Público, tal mandato no resulta excluyente ni importa una suspensión temporal de las actuaciones que autónomamente pueden realizar las policías en tanto dicha comunicación no se materialice o la documentación que contiene la denuncia no sea recepcionada por la Fiscalía, y es así como el artículo 84 del mismo texto estatuye que sin perjuicio de la obligación de las policías de informar al Ministerio Público inmediatamente y por el medio más expedito de la denuncia recibida, procederá, cuando correspondiere, a realizar las actuaciones previstas en el artículo 83 que le precede, entre las que se encuentran las de “Prestar auxilio a la víctima”, “Practicar la detención en los casos de flagrancia” y “Recibir las denuncias del público”, y a las que el artículo 85 adiciona la de solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados que señala, de todo lo cual puede inferirse entonces que el indicio que habilita el control de detención puede venir dado precisamente por lo informado en la denuncia, en caso de que ese antecedente no sea suficiente o idóneo para configurar una situación de flagrancia que permita directamente la detención de la persona sindicada, como así fue estimado en el caso de autos por los funcionarios policiales.*
- 9°: *Que, conviene aclarar, el que el referido artículo 85 no condicione la realización de la diligencia de control de identidad a la previa transmisión al Fiscal de la denuncia formulada, de existir ésta, no importa liberar al funcionario policial de instar y materializar dicha comunicación lo más pronto posible, ello según las circunstancias y dinámica del caso concreto que se examine. En el caso sub iudice, la denuncia fue recibida de forma anónima en la vía pública respecto de dos personas que distribuían droga en el sector a bordo de un vehículo en desplazamiento, motivo por el cual no parece razonable demandar a los policías abstenerse de realizar las actuaciones urgentes para ubicar el vehículo y someter a sus ocupantes a un control de identidad mientras no se transmita la denuncia al Ministerio Público, con el consiguiente riesgo de alejamiento de los denunciados”.*

2. La denuncia anónima como acto procesal tendiente a iniciar una investigación, es plenamente legítima. En efecto, además de tener una amplia cobertura legal, la expansiva utilización de medios tecnológicos de comunicación, la democratización de los procesos de acceso a las autoridades y, especialmente, las conocidas técnicas de la criminalidad organizada para eliminar pruebas, hacen que la denuncia anónima sea un importante mecanismo de inicio de investigaciones contra la criminalidad más lesiva.

3. En relación a la denuncia anónima como fundamento para un control de identidad, si bien puede resultar discutible que por sí sola pueda constituir un indicio, en caso que se acompañe de otros elementos de base objetiva, habrá que ponderar en cada caso otros factores como la gravedad del delito, el peligro para el denunciante, la inminencia, la disponibilidad de otros mecanismos de actuación, etc., antecedentes que transforman a la denuncia anónima en una contingencia que debe ser evaluada en cada caso concreto, según los intereses y bienes jurídicos en juego.

UNIDAD DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL Y
EXTRADICIONES

LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN LA LEY Nº 20.357

Antonio Segovia Arancibia¹

I. INTRODUCCIÓN

La regulación normativa de los crímenes de lesa humanidad, en el ámbito internacional, tuvo un decisivo impulso una vez concluida la Segunda Guerra Mundial. En efecto, si bien luego de la Primera Guerra los Estados vencedores proclamaban la necesidad de investigar y juzgar hechos ocurridos durante el conflicto, que constituían atentados contra las *leyes* de la humanidad o su *seguridad*, no fue sino hasta que los Aliados descubrieron las atrocidades cometidas por el régimen Nazi en contra de sus propios ciudadanos por motivos étnicos, raciales o religiosos, que la necesidad de tipificar una categoría especial de delitos que cubriera tales conductas incidió en su primera consagración *positiva*, en el Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Núremberg.

Al dar este paso, la comunidad internacional describía normativamente un conjunto de infracciones que no quedaban amparadas en las definiciones tradicionales de los crímenes de guerra –ni, más tarde, en el crimen de genocidio–, ni tampoco de los delitos *ordinarios* contemplados en los ordenamientos jurídicos domésticos. Sin embargo, atendida su gravedad, masividad y la circunstancia de tratarse de vulneraciones graves a valores fundamentales del ser humano y de la humanidad en su conjunto², exigían una regulación autónoma, que reconociera sus elementos propios y diferentes a los otros crímenes internacionales *nucleares*, y permitiera caracterizarlos como una violación sistemática o masiva de derechos humanos fundamentales de la población civil, que en último término constituyen una amenaza a la paz, seguridad y bienestar de la humanidad³.

Poco más de 50 años después, reunidos en Roma, una importante cantidad de Estados decidían crear una Corte Penal Internacional permanente para

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

2 SIMPSON, Gerry. *Law, War & Crime*. Cambridge, Polity Press, 2007, págs. 45-46.

3 WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 85.

perseguir los “(...) *crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*”⁴, que incluía los crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y el crimen de agresión⁵. El Estatuto de la Corte y sus documentos complementarios definieron con algún detalle la estructura, elementos, contornos y alcances de cada uno de estos delitos, proveyendo de esta manera una base sólida bajo el principio de legalidad que permitiera su investigación y juzgamiento. Sin embargo, el Estatuto no dispuso una fórmula de jurisdicción automática frente a su comisión, consagrando en cambio el denominado principio de *complementariedad*, según el cual, la Corte sólo podría ejercer jurisdicción cuando el Estado en cuyo territorio fueron cometidos estos crímenes no podía o *no quería hacerse cargo judicialmente* de ellos –investigar, perseguir penalmente, juzgar a sus presuntos autores–.

Fue precisamente con la intención de evitar que hechos ocurridos en Chile fueran conocidos por la Corte Penal Internacional que nuestro país, previo a adherir al Estatuto de Roma, realizó una serie de modificaciones legales internas que apuntaban a la necesidad de llenar vacíos legales que de otro modo podían interpretarse como *incapacidad* de investigar estos crímenes, generando entonces las condiciones para que este tribunal ejerciera su jurisdicción. Una de las más relevantes fue la dictación de la Ley N° 20.357, que por primera vez tipificaba en el ordenamiento doméstico figuras a título de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio. La fuente directa del legislador estuvo conformada por el propio Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus documentos complementarios, con lo cual las definiciones allí contenidas, así como su interpretación por parte de la propia Corte, cobran relevancia para el adecuado análisis de la norma chilena.

En este contexto, el presente artículo tiene por finalidad describir y analizar de manera muy general la estructura típica doméstica de los crímenes de lesa humanidad, en particular sus exigencias *contextuales*, tomando como referencia las definiciones del Estatuto de Roma y sus documentos complementarios y la jurisprudencia emanada de tribunales internacionales, especialmente de la propia Corte Penal Internacional (en adelante, también, CPI).

4 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 5°. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Esp.pdf>.

5 Este último no sería definido sino hasta la Conferencia de Kampala el año 2010, entrando en vigor el año 2017. Vid., resolución RC/Res. y sus anexos, de fecha 11 de junio de 2010. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.6-ENG.pdf>.

II. DESCRIPCIÓN NORMATIVA DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD A NIVEL INTERNACIONAL

Primeras definiciones

Los crímenes de lesa humanidad, se señala a menudo, son tan antiguos como la propia humanidad⁶. Sin embargo, su regulación normativa *positiva* es bastante reciente y, se ha apuntado, también inconsistente⁷. A pesar de que las primeras referencias pueden encontrarse en la Declaración Conjunta que Francia, Gran Bretaña y Rusia realizaron el año 1915 como una forma de calificar la masacre de Armenios en Turquía (Imperio Otomano)⁸, y posteriormente en las recomendaciones de la Comisión Internacional sobre Crímenes de Guerra creada una vez concluida la Primera Guerra Mundial⁹, su primera consagración legal en un cuerpo *normativo* tuvo lugar con su inclusión en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (en adelante, TMIN), creado luego de la Segunda Guerra Mundial como una forma de responder frente a los crímenes cometidos por el gobierno alemán en contra de sus propios ciudadanos, y ante la incapacidad de las figuras tradicionales

-
- 6 GRAVEN, Jean. “Les Crimes contre l’humanité” (1950), citado por CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURST, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Tercera edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 229.
- 7 CRYER et al., ob. cit., p. 229. AMBOS, Kai. “Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional” [en línea]. En: *Revista General de Derecho Penal* 17, España, Iustelñ editores 2012, p. 1. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20120808_02.pdf.
- 8 “(...) *In view of those new crimes of Turkey against humanity and civilization, the Allied governments announce publicly to the Sublime-Porte that they will hold personally responsible [for] these crimes all members of the Ottoman government and those of their agents who are implicated [involved] in such massacres*”. Disponible en: https://www.armenian-genocide.org/Affirmation.160/current_category.7/affirmation_detail.html.
- 9 La Comisión recomendó la creación de un tribunal internacional que tuviera jurisdicción para juzgar crímenes de guerra y “violaciones a las leyes de la humanidad”. Vid., “Report of the Commission on the Responsibility of the Authors of the (First World) War and on the Enforcement of Penalties”. En: LEVIE, Howard S. (Editor), “International Law Studies”, Volume 60, Estados Unidos, p. 158. Disponible en: <https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1917&context=ils>. Otros también incluyen como antecedente lo señalado en los preámbulos de los Convenios de La Haya sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1899 y 1907, la denominada “Cláusula Martens”, según la cual, en los casos no incluidos en los Convenios: “(...) *los habitantes y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de las reglas de los principios de la ley de las naciones, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad, y los dictados de la conciencia pública*”. Así, WERLE, Gerhard, ob. cit., p. 463; AMBOS, Kai., ob. cit., p. 2.

de los crímenes de guerra para alcanzar un encuadre típico de las conductas investigadas¹⁰.

En concreto, el Estatuto otorgaba jurisdicción al TMIN para conocer y juzgar los *crímenes de lesa humanidad*, definidos en el artículo 6 letra c) como sigue:

“Artículo 6. El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el Artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones: Cualquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal:

c) Crímenes contra la humanidad: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron. Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan”¹¹.

Así formulada, la primera definición normativa de los crímenes de lesa humanidad los caracterizaba como un grupo de delitos específicos –asesinato, exterminación, esclavización, otros actos inhumanos, etc.– cometidos contra la *población civil*, cuando de alguna manera estuvieran conectados con un conflicto armado –antes de la guerra o durante la misma; o en relación o ejecución de otros crímenes de competencia del Tribunal (crímenes de

10 En efecto, las leyes y costumbres de la guerra sólo prohibían conductas dirigidas en contra del bando enemigo, lo cual dejaba fuera, en principio, los crímenes –actos inhumanos– cometidos contra los propios ciudadanos por razones políticas o raciales (judíos, gitanos, etc.) que no ostentaban la calidad de enemigo. Vid., CASSESE, Antonio. *Cassese’s International Criminal Law*. Third Edition. Revisada por: CASSESE, A.; GAETA, P.; BAIG, L.; FRAN, M.; GOSNELL, C.; WHITING, A. Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 86. En el mismo sentido, CRYER et al., ob. cit., p. 230.

11 Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg [en línea]. Disponible en: http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66.

guerra y crímenes contra la paz) –. Bajo este marco conceptual se podía calificar como de lesa humanidad incluso aquellos delitos cometidos por un Estado o gobierno en contra de su propia población, siempre que existiera un determinado nivel de conexión con un conflicto armado. La referencia a la *población*, por último, parecía sugerir que en su comisión debía satisfacerse un determinado estándar de gravedad y masividad de los crímenes para ser subsumidos en dicho título¹².

A pesar de las limitaciones que podría implicar la exigencia de conexión con un conflicto armado¹³, la definición de Núremberg significó un gran avance, especialmente por ser indicativa de la voluntad de la comunidad *internacional* de crear –o reconocer–¹⁴ una nueva categoría de delito internacional, o supra-nacional, que incluía actos contrarios a aquellos valores fundamentales que debieran ser considerados como *inherentes* a cualquier ser humano¹⁵. Asimismo, permitía imponer límites al poder de los Estados, al castigar aquellas conductas que sus agentes cometían contra sus propios ciudadanos, quienes de esta forma no quedaban desamparados de la acción del resto de la comunidad internacional por restablecer sus derechos y evitar la impunidad¹⁶. El Tribunal pronunció su sentencia con fecha 30 de septiembre y 1 de octubre de 1946. En lo relevante aquí, contiene una relación de los argumentos que permitieron a los jueces condenar a algunos de los acusados como autores de crímenes de lesa humanidad¹⁷, en lo que fueron las primeras aplicaciones judiciales de este delito¹⁸.

12 CRYER *et al.*, ob. cit., p. 230.

13 Frente a lo que también se ha argumentado parecía más una condición de *procesabilidad* frente al tribunal más que un elemento *material* del delito. En este sentido, AMBOS, Kai; WIRTH, Steffen. “The Current Law of Crimens Against Humanity. An analysis of UNTAET Regulation 15/2000”. En: *Criminal Law Forum*. 13: 1-90, Canadá, 2002, p. 5. Disponible en: http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/CLF_02-1,_CAH.pdf.

14 Es aún materia de controversia si los redactores del Estatuto del Tribunal de Núremberg *crearon* nuevos delitos (crímenes de lesa humanidad y crímenes contra la paz), o simplemente tipificaron conductas ya prohibidas por la costumbre internacional. Lo anterior es relevante frente a la pregunta de si en la sentencia de Núremberg se vulneró o no el principio *nullum crimen sine lege*. Al respecto, puede verse CRYER *et al.*, ob. cit., págs. 119-120; CASSESE, ob. cit., págs. 87-88; WERLE, ob. cit., págs. 49-51.

15 CASSESE, ob. cit., p. 87.

16 *Ibid.*

17 Crítico de la sentencia respecto a los crímenes de lesa humanidad, CASSESE *et al.*, ob. cit. págs. 87-88.

18 WERLE, G., ob. cit., págs. 47-8. La sentencia puede verse en: https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf.

El Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente incluyó una definición similar en su Estatuto con algunas modificaciones¹⁹. Luego, la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado incluiría también una descripción de crímenes de lesa humanidad, con una importante diferencia: no se exigía la conexión a un conflicto armado²⁰. Más tarde, la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución 95(I) de 1946, *confirmó* los principios de Derecho Internacional reconocidos en el Estatuto y sentencias del TIMN²¹, e *instruyó* al Comité de codificación de Derecho Internacional dar prioridad a la formulación de una codificación general de delitos contra la paz y “(...) *la seguridad de la humanidad...*”²². Siguió entonces una serie de definiciones adoptadas en proyectos de Códigos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad²³, y pocos años después un concepto plasmado en la Convención de Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968. En su artículo I letra b) remite a la definición del Estatuto del Tribunal de Núremberg, apartándose nuevamente de la exigencia de conexión con un conflicto armado, ya que explícitamente permite su comisión en tiempos de guerra o de paz²⁴.

Un segundo grupo relevante de definiciones pueden encontrarse en los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, creados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para investigar y

19 Artículo 5 letra c) del Estatuto. Disponible en: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf. Cabe apuntar que no hubo enjuiciamientos en Tokio por crímenes de lesa humanidad, WERLE, G., ob. cit., p. 464.

20 La Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado fue el cuerpo normativo creado por los Aliados post-Núremberg para investigar y juzgar crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crímenes contra la paz (*agresión*) a nivel *doméstico* en la Alemania ocupada. Vid., CRYER *et al.*, ob. cit., p. 124. La no exigencia de este nexo, sin embargo, no fue aplicada en todos los tribunales. Los que sí lo hicieron, por ejemplo, el Tribunal Militar III, demandaba de todas formas la prueba de una participación activa en procedimientos sistemáticos del gobierno o aprobados por éste, vid. AMBOS, Kai *et al.*, “The Current Law of Crimes Against Humanity...”, ob. cit., p. 6.

21 Poco antes, mediante Resolución 3(I) de la Asamblea General, del 13 de febrero de 1946, se había instado a los Estados a la detención y extradición de los criminales de guerra, teniendo en cuenta las definiciones de los crímenes de guerra, crímenes contra la paz y la humanidad del Estatuto de Núremberg. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/3%28I%29>.

22 Naciones Unidas. Asamblea General, Res. 95(I), de fecha 11 de diciembre de 1946. “Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Núremberg”. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/95%28I%29>.

23 AMBOS, Kai *et al.*, “The Current Law...”, ob. cit., p. 8.

24 Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/WarCrimes.aspx>.

juzgar los crímenes cometidos en dichos países durante la década de los 90²⁵. El primero tipificaba los crímenes de lesa humanidad como sigue:

“Artículo 5

Crímenes contra la humanidad

El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil:

- a) *Asesinato;*
- b) *Exterminación;*
- c) *Reducción a la servidumbre;*
- d) *Expulsión;*
- e) *Encarcelamiento;*
- f) *Tortura;*
- g) *Violaciones;*
- h) *Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;*
- i) *Otros actos inhumanos*²⁶.

Como puede apreciarse, la definición del Estatuto del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia sigue en parte la misma lógica diseñada en Núremberg: los crímenes de lesa humanidad se estructuran sobre la base de un grupo o listado de delitos específicos (asesinato, exterminación, expulsión, tortura, violaciones, etc.), cometidos en un cierto *contexto*: el curso de un conflicto armado, internacional o no internacional, y dirigidos contra *cualquier población civil*. Como se ve, el Estatuto re-inserta la exigencia de un nexo con un conflicto armado, que parecía haber quedado atrás²⁷. Sin embargo, el propio Tribunal declaró tempranamente que no había ninguna base legal o lógica para la exigencia de tal conexión, y que había sido abandonada por la práctica interna de los Estados²⁸.

25 Para mayor información sobre los hechos ocurridos en ambos territorios, la creación y funcionamiento de los tribunales y los casos sometidos a su jurisdicción puede verse <https://www.icty.org/en>; y <https://unictr.irmct.org/>, respectivamente. También, CRYER *et. al.*, ob. cit., págs. 127-145.

26 Naciones Unidas. Resolución 827, de 25 de mayo de 1993 (y sus subsecuentes enmiendas). Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991. Disponible en: https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf.

27 Ambos, Kai *et. al.*, “The current law...”, ob. cit., p. 12.

28 International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (ICTY). *Prosecutor v. Tadić*, caso N° IT-94-1, resolución del 2

El Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda es bastante similar, aunque modifica las exigencias contextuales: exige un ataque generalizado o sistemático contra cualquier población civil por razones de nacionalidad, políticas, étnicas, raciales o religiosas. En otros términos, descarta la conexión con un conflicto armado, pero exige un ánimo discriminatorio, en los siguientes términos: “*El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso...*”²⁹. Tanto la conexión con el conflicto armado en el TPIY, como la exigencia de un ánimo discriminatorio en el Estatuto del Tribunal para Ruanda se pueden explicar desde la necesidad de formular una caracterización propia de los crímenes en los contextos fácticos en los que eran aplicados, más que como una consagración de requisitos que venían predefinidos desde el derecho consuetudinario.

El Estatuto de Roma

La creación de un tribunal que, de manera permanente, juzgara los más graves delitos contra la humanidad, fue un anhelo constante de las Naciones que tomó fuerza una vez concluida la Segunda Guerra Mundial. En efecto, los primeros esfuerzos serios para el establecimiento de la Corte surgieron luego de la aprobación de la Convención contra el Genocidio de 1948, pero los estudios y acciones necesarias para concretarlo se vieron indefinidamente aplazados³⁰. En 1989, a propuesta de Trinidad y Tobago –cuyo objetivo era la creación de un tribunal internacional para casos de tráfico ilícito de estupefacientes–, la idea fue reinstaurada en la agenda de Naciones Unidas, lo que derivó en una primera propuesta redactada por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas³¹. El borrador de la Comisión fue utilizado para la creación, primero, de un Comité *Ad Hoc* por la Asamblea General para estudiar el asunto en detalle; y posteriormente un

de octubre de 1995, para. 140. Disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>. En el mismo sentido, WERLE, ob. cit., p. 466.

29 Naciones Unidas. Resolución 955 (1994) del 8 de noviembre de 1994, y sus subsecuentes enmiendas. Artículo 3 del Estatuto. Disponible en: https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/legal-library/100131_Statute_en_fr_0.pdf. Vid., también, WERLE, G., ob. cit., págs. 466-467.

30 CRYER *et al.*, ob. cit., p. 146-147.

31 El texto puede encontrarse en: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1994.pdf.

Comité Preparatorio que redactó una nueva propuesta de Estatuto, que fue el documento que sirvió de base a las negociaciones en Italia³².

El año 1998, reunidos en Roma, un grupo importante de Estados aprobaron el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que incluía la codificación de aquellos crímenes respecto de los cuales el tribunal podría ejercer jurisdicción³³. El Estatuto fue adherido por los 60 Estados que exigía el texto para entrar en vigor el 1° de julio de 2002. A la fecha, 122 Estados son Parte del Estatuto³⁴, los cuales conforman la “Asamblea de las Partes”. Conforme lo dispone el artículo 112, la Asamblea tiene funciones relevantes entre las que destacan ejercer la supervisión administrativa de los órganos de la Corte, examinar y decidir su presupuesto y examinar cuestiones relativas a la falta de cooperación de los Estados.

En lo que interesa a este artículo, la Corte tiene competencia *ratione materiae* limitada sólo a “(...) los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, de acuerdo a lo dispuesto en su artículo 5°³⁵. Ellos son el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Cada uno se encuentra luego definido en el propio Estatuto, lo cual debe ser complementado con los Elementos de los Crímenes, que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto, se trata de un cuerpo normativo destinado a ayudar a la Corte a interpretar y aplicar los delitos sobre los que tiene competencia³⁶.

32 CRYER *et al.*, ob. cit., p. 148; CASSESE, ob. cit., págs. 262-263.

33 En general, puede verse LEE, Roy S. “An Assessment of the ICC Statute” [en línea]. En: *Fordham International Law Journal*, volumen 25, issue 3, Estados Unidos, 2001, págs. 750-766. Disponible en: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1833&context=ilj>. NERLICH, Volker. “La Corte Penal Internacional 2002-2012”. En: CÁRDENAS, Claudia; FERNÁNDEZ, Karinna (eds.). *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años: Un enfoque práctico*. Chile, LegalPublishing, 2013, págs. 181-197. También JESSBERGER, Florian; GENEUSS, Julia. “Las múltiples caras de la Corte Penal Internacional.” En: CÁRDENAS, Claudia; FERNÁNDEZ, Karinna (eds.). *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años: Un enfoque práctico*. Chile, LegalPublishing, 2013, págs. 199-217. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina. *Derecho Penal Internacional*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 57.

34 Para mayor información, vid., https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx.

35 En la misma línea, el para. 4 del Preámbulo del Estatuto señala: “*Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia, (...)*”.

36 Adicionalmente, de acuerdo a lo que establece el artículo 21 de los Estatutos, el Derecho aplicable por la Corte está compuesto, en primer lugar, por el propio Estatuto, los

Se ha señalado que la intención de los redactores del Estatuto, en esta parte, consistía en codificar derecho consuetudinario existente –que incluía por cierto las definiciones adoptadas judicialmente desde Núremberg en adelante– y, aunque algunas normas son más conservadoras que otras, no cabe duda que el proceso permitió avanzar decididamente en la clarificación y normativización de conceptos estructurales esenciales para el correcto entendimiento de cada uno de estos crímenes³⁷. Este ejercicio de codificación cobra relevancia por lo dispuesto en el artículo 22 N° 2 del Estatuto, que obliga a la Corte a interpretar las definiciones de los crímenes de manera estricta, prohibiendo su aplicación extensiva por analogía y disponiendo que en caso de ambigüedad debe ser interpretada *pro reo*. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 10 expresamente declara que las definiciones de los crímenes no podrán ser interpretadas en el sentido que menoscaben o limiten las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del Estatuto, con lo cual se garantiza que el Estatuto no pretende de ninguna manera *congelar* los avances del Derecho Penal Internacional, sin perjuicio de que la Corte sí se encuentra limitada por las definiciones previamente consagradas en éste³⁸.

En este contexto, la tipificación en el Estatuto de Roma de los crímenes de lesa humanidad es sumamente relevante, pues refleja el consenso de una gran cantidad de países del mundo sobre sus contornos y requisitos típicos, conformando de alguna manera la definición internacional más completa y aceptada sobre la materia³⁹. Lo anterior ha sido reconocido también por tribunales. Así, por ejemplo, la Sala de Juicio del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, en un fallo de 1998, declaró que el Estatuto de Roma puede considerarse como una expresión de autoridad de las opiniones legales

Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba; en segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables y Principios y normas del Derecho Internacional, y en tercer lugar, bajo ciertos supuestos, los principios generales del Derecho de los sistemas jurídicos domésticos.

- 37 AMBOS, Kai, “Crímenes de lesa humanidad...”, ob. cit., p. 3. Vid., también, CRYER *et al.*, ob. cit., págs. 151-152. WERLE, ob. cit., p. 72.
- 38 Para una útil comparación entre lo codificado en el Estatuto de Roma y aquello consagrado bajo el derecho consuetudinario internacional, véase CASSESE, ob. cit., págs. 105-108.
- 39 Sobre la necesidad de ampliar la definición, a través de una Convención Internacional específica sobre crímenes de lesa humanidad que promueva y haga más efectiva su investigación y juzgamiento a nivel doméstico, y que incluya por ejemplo ciberataques o delitos contra el medio ambiente como tipos subyacentes, puede verse BASSIOUNI, M. Cherif. “Crimes Against Humanity: The Case for a Specialized Convention” [en línea]. En: *Washington University Global Studies Review*, Volume 9, Issue 4, Estados Unidos, 2010. Disponible en: https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1057&context=law_globalstudies.

de un gran número de Estados⁴⁰. Como veremos a continuación, fue además la fuente directa de la tipificación doméstica de crímenes de lesa humanidad.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional define los crímenes de lesa humanidad en su artículo 7° de la siguiente manera:

“Artículo 7

Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;*
- b) Exterminio;*
- c) Esclavitud;*
- d) Deportación o traslado forzoso de población;*
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;*
- f) Tortura;*
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;*
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;*
- i) Desaparición forzada de personas;*
- j) El crimen de apartheid;*
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.*

40 International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (ICTY). *Prosecutor v. Anto Furundzija*. Caso N° IT-95-17/1. Sala de Juicio, 10 de diciembre de 1998, para. 227: “In many areas the Statute may be regarded as indicative of the legal views, i.e. *opinio juris* of a great number of States. Notwithstanding article 10 of the Statute, the purpose of which is to ensure that existing or developing law is not “limited” or “prejudiced” by the Statute’s provisions, resort may be had cum grano salis to these provisions to help elucidate customary international law. Depending on the matter at issue, the Rome Statute may be taken to restate, reflect or clarify customary rules or crystallise them, whereas in some areas it creates new law or modifies existing law. At any event, the Rome Statute by and large may be taken as constituting an authoritative expression of the legal views of a great number of States”. Disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>.

2. *A los efectos del párrafo 1:*

- a) *Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;*
 - b) *El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;*
 - c) *Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;*
 - d) *Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;*
 - e) *Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;*
 - f) *Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;*
 - g) *Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;*
 - h) *Por “el crimen de apartheid” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;*
 - i) *Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.*
3. *A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede”⁴¹.*

41 Estatuto de la Corte Penal Internacional, ob. cit.

Los Elementos de los Crímenes agregan: “(...) *Se entiende que la “política de cometer ese ataque”* requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil”. En una nota al pie –N° 6–, complementa: “*La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización*”⁴².

Así descritos, los crímenes de lesa humanidad se estructuran sobre la base de un conjunto de delitos individuales –actos inhumanos– cometidos en un cierto contexto: que hayan sido ejecutados como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y con conocimiento de dicho ataque. En el párrafo 2 letra a) del artículo 7° se define el concepto “ataque contra una población civil” como “(...) *una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política*”.

Bajo esta definición, las principales características de los crímenes de lesa humanidad pueden resumirse de la siguiente manera:

- i) Constituyen un ataque serio a la dignidad humana o una grave humillación o degradación de una o más personas⁴³. Algunos entienden que se trata de un crimen que atenta contra las víctimas individuales y contra la humanidad en conjunto: “*Los CLH, así entendidos, intentan proporcionar una protección penal en contra de la transgresión a las leyes más básicas para la protección de nuestra individualidad como seres políticos y nuestra sociabilidad como miembros –de nuevo– de las comunidades políticas. El transgresor, es decir, el criminal de lesa humanidad, llega a convertirse, en ese sentido, en un enemigo y objetivo legítimo de toda la humanidad, un hostis humani generis, el cual, en principio, cualquier persona (“el pueblo”) puede llevar a la justicia*”⁴⁴;

El propio Estatuto, en su Preámbulo, señala que los crímenes de competencia de la Corte constituyen “(...) *una amenaza para la*

42 Elementos de los Crímenes, artículo 7. Disponible en: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/ElementsOfCrime-SPA.pdf.

43 CASSESE, ob. cit., p. 91.

44 AMBOS, “Crímenes de lesa humanidad...”, ob. cit., p. 5.

*paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad*⁴⁵. Para Werle se trata justamente de los bienes jurídicos protegidos por los crímenes internacionales: el ataque a los intereses fundamentales de la humanidad le otorga al delito una dimensión internacional. Este “elemento internacional”, por su parte, se traduce en la exigencia para todos los delitos de un contexto de ejercicio de violencia sistemático o masivo; en los crímenes de lesa humanidad, el ataque generalizado o sistemático contra una población civil⁴⁶.

- ii) No se trata de hechos aislados o esporádicos, sino que son parte de un ataque generalizado o sistemático, que además responden a una determinada *política* del Estado u organización. El acto específico incriminado (el acto *inhumano*, el homicidio, lesiones, violación, tortura, etc.) no tiene por qué ser en sí mismo generalizado o sistemático, pero sí ser parte de un ataque de tal naturaleza, y el autor individual debe ser consciente, al momento de ejecutar su delito, que éste forma parte del contexto general más amplio;
- iii) Los actos son prohibidos sea que se realicen en tiempos de guerra o de paz; es decir, no se exige conexión alguna con un conflicto armado; tampoco se exige un ánimo *discriminatorio*, excepto en el caso particular del crimen de persecución (art. 7.1.h) del Estatuto)⁴⁷.
- iv) Las víctimas son *civiles*, lo que incluye, en el caso de conflictos armados, al menos a aquellas personas que no toman parte de las acciones bélicas⁴⁸.

III. LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN LA LEY N° 20.357

La Ley N° 20.357, publicada en el Diario Oficial el 18 de julio de 2009, tipifica, por primera vez en nuestro país, los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de genocidio. Sin perjuicio de lo anterior, antes de su entrada en vigor la Corte Suprema ya había calificado ciertos delitos como de *lesa humanidad*, y luego de su publicación también se refirió a la forma en que la nueva regulación incidía en sus anteriores definiciones judiciales, extraídas fundamentalmente de distintos instrumentos internacionales como

45 Estatuto, Preámbulo para. 3.

46 WERLE, ob. cit., págs. 82-84.

47 CRYER *et al.*, ob. cit., p. 234.

48 CASSESE, ob. cit., págs. 90-92.

la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad; Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y Convenios de Ginebra entre otros⁴⁹. La nueva legislación, desde esta perspectiva, vino a llenar un vacío normativo interno –en el sentido de una ley nacional que expresamente castigara ciertas conductas como constitutivas de un crimen de lesa humanidad– que antes era colmado por el uso en sede judicial de instrumentos y convenciones internacionales adheridas por nuestro país. Y justamente la fuente utilizada para ello fue un tratado internacional, como es el Estatuto de Roma.

La regulación respondió, en parte importante, a la necesidad que sus redactores e impulsores detectaban de actualizar nuestro ordenamiento jurídico interno en preparación a la adhesión de Chile al Estatuto de Roma⁵⁰. Así, en la Historia de la Ley N° 20.357 se señala expresamente, al dar cuenta de los fundamentos de la Moción⁵¹ que: “(...) *esta iniciativa tiene por*

49 Corte Suprema, sentencia del 29 de septiembre de 2009, Rol N° 3378-2009: “(...) *La dictación de la Ley N° 20.357 (...) no es más que una manifestación del cumplimiento, por parte de nuestra nación, de la obligación de adecuar la legislación interna a los parámetros impuestos por el derecho internacional sobre los derechos humanos, sin que su reciente promulgación pueda ser interpretada como una falta de regulación previa en tal sentido, como si sólo a partir de esta nueva ley tendrían el carácter de atentados contra la humanidad y de imprescriptibles, delitos como el secuestro, ya que tal planteamiento, por una parte, contradice la vigencia de los Convenios de Ginebra suscritos en el año 1949...*”. Para un análisis y otros fallos relevantes, vid. FERNÁNDEZ, Karinna. “Proceso de ratificación e implementación del Estatuto de Roma en Chile y la jurisprudencia chilena relativa a crímenes de carácter internacional”: En: CÁRDENAS, Claudia; FERNÁNDEZ, Karinna (eds.). *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años: Un enfoque práctico*. Chile, LegalPublishing, 2013, págs. 496-513.

50 Y que fue precedida por una reforma constitucional realizada a través de la Ley N° 20.352, publicada en el Diario Oficial con fecha 30 de mayo de 2009. En virtud de dicha norma, se introduce una nueva disposición transitoria vigésimocuarta a la Constitución Política, según la cual el Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma, pero de manera subsidiaria, tal como establece el inciso segundo: “*Al efectuar ese reconocimiento, Chile reafirma su facultad preferente para ejercer su jurisdicción penal en relación con la jurisdicción de la Corte. Esta última será subsidiaria de la primera, en los términos previstos en el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional*”. El Estatuto de Roma fue aprobado por el Congreso Nacional en junio del año 2009, promulgado mediante Decreto N° 104 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 01 de agosto de 2009. El instrumento de ratificación fue depositado el 29 de junio del año 2009 ante el Secretario General de la Organización de Naciones Unidas, y entró en vigencia para nuestro país el 01 de septiembre de dicho año. Al respecto, vid. FERNÁNDEZ, Karinna, ob. cit., págs. 483-488.

51 La discusión de la ley se inició por Moción Parlamentaria de los Senadores Sergio Mariano Ruiz Esquide Jara, Pedro Héctor Muñoz Aburto, Hernán Larraín Fernández, José Antonio Gómez Urrutia y Alberto Espina Otero, con fecha 11 de marzo de 2009. Boletín N° 6406-07.

objetivo perfeccionar y adecuar la legislación chilena, tipificando a nivel interno las conductas constitutivas de delitos y crímenes contenidas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Lo anterior, con miras a avanzar hacia la posterior ratificación de dicho tratado por el Estado de Chile. (...) además, en virtud del principio de complementariedad, la competencia de la Corte Penal Internacional sobre los mismos es subsidiaria o complementaria, pues la jurisdicción en primer término pertenece a los Estados”⁵².

Resulta importante hacer notar que el Estatuto de Roma no impone a los Estados Parte una *obligación* específica, de ninguna naturaleza, de adecuar sus ordenamientos internos a las definiciones contenidas en él respecto a los crímenes internacionales⁵³. La imposición de determinadas cargas hacia los Estados Parte –consistentes en tipificar ciertas conductas como delitos, adscribir penas proporcionales y disuasivas a los mismos, considerar herramientas adecuadas para la investigación y juzgamiento, proveer amplias bases de jurisdicción para investigar y juzgar los hechos, utilizar normas especiales sobre cooperación internacional y extradiciones, entre otras– es propio de otro tipo de Convenciones internacionales, llamadas *Convenciones para la Supresión*, y que formarían parte del denominado derecho penal *transnacional*, que justamente promueven tipificaciones comunes a los delitos en ellas contenidas con la finalidad de evitar la impunidad y favorecer la cooperación internacional, en sentido amplio⁵⁴.

El legislador chileno, entonces, más que cumplir una obligación impuesta por la adhesión al Estatuto de Roma, buscaba evitar que la inexistencia de

52 Historia de la Ley N° 20.357, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, p. 9. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4697/>.

53 Como sí podría sostenerse respecto de la necesidad de hacer extensivo en el ordenamiento interno las leyes que castiguen los delitos contra la administración de justicia (art. 70); o la obligación de contar con procedimientos internos de cooperación internacional que permitan cooperar con la Corte bajo el propio Estatuto (Parte IX).

54 Paradigmáticamente, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena, Austria, en 1988; la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos Adicionales para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire; y contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, suscrita en Palermo, Italia, el año 2000 (el último Protocolo el año 2001); y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, suscrita en Mérida, Estados Unidos Mexicanos, el año 2003, y que han sido el fundamento principal de diversas modificaciones legislativas en Chile, por ejemplo aquella que incorporó los delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes al Código Penal (artículos 411 bis y siguientes). Al respecto, BOISTER, Neil. “Transnational Criminal Law?” En: EJIL, Vol. 14 N° 5, Estados Unidos, Reino Unido, Oxford University Press 2003, 953-976.

una norma que consagrara a nivel legal los crímenes de lesa humanidad, de guerra y genocidio, permitieran a la Corte ejercer jurisdicción sobre hechos ocurridos en Chile que fueran calificados como tales, en virtud del principio de complementariedad consagrado en el artículo 17 del Estatuto⁵⁵. Por ello trasladó las definiciones contenidas en el mismo al ordenamiento jurídico interno, para que pudieran ser aplicadas, por hechos ocurridos en Chile, de forma *preferente* por los tribunales domésticos⁵⁶.

Lo relevante en esta parte es que, para lograr dicho objetivo, la caracterización legal del crimen de lesa humanidad utilizó como fuente principal al propio Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes; por lo que en su análisis resulta útil y pertinente la referencia a tales textos convencionales y, quizás más relevante, a la aplicación que han tenido en casos concretos⁵⁷.

El artículo 1° de la ley dispone que constituirán crímenes de lesa humanidad aquellos señalados en el Párrafo 1 del Título 1 (listado de actos *inhumanos*), cuando en su comisión concurren las circunstancias siguientes:

“1°. Que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

2° Que el ataque a que se refiere el numerando precedente responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo

55 Ampliamente, SEGOVIA, Antonio; CONTRERAS, Marcelo. “El principio de complementariedad y el ejercicio de la competencia en el estatuto de Roma. Una visión crítica.” En: CÁRDENAS, Claudia; FERNÁNDEZ, Karinna (eds.). *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años: Un enfoque práctico*. Chile, LegalPublishing, 2013, págs. 265-302.

56 Como lo expresó el entonces Ministro Secretario General de la Presidencia José Antonio Viera Gallo: “No obstante, resulta fundamental establecer primero estos crímenes en nuestra legislación interna, porque eso evitaría cualquier reproche y, además, cualquier pretensión futura –el Tratado de Roma no tiene efecto retroactivo– de ampararse ante la Corte Penal Internacional con el pretexto de que en Chile no están sancionados los crímenes de su competencia”. Historia de la Ley, ob. cit., p. 27. Sobre la implementación, en general, de los crímenes internacionales en el derecho chileno, y con referencias al rol que juega el principio de complementariedad vid. CÁRDENAS, Claudia. “Los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el derecho chileno, necesidad de una implementación” [en línea]. En: *Polít. crim.* n° 2, a1, Chile, 2006, págs. 1-17. Disponible en: <http://politcrim.com/206-volumen-1-numero-2/>.

57 Sobre la aplicación posible –y necesaria– del derecho internacional para la interpretación de los crímenes internacionales domésticos, a la luz de las reglas de interpretación reguladas en nuestro ordenamiento interno, vid. CÁRDENAS, Claudia. “La aplicabilidad del derecho internacional por tribunales chilenos para interpretar la Ley N° 20.357” [en línea]. En: *Revista de Derecho*, Chile, Universidad Católica del Norte, Año 20 – N° 2, 2013, págs. 121-145. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000200005.

la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos”.

El artículo 2° define el “ataque generalizado” como “(...) un mismo acto o varios actos simultáneos o inmediatamente sucesivos, que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas”, mientras el “ataque sistemático” estaría constituido por “(...) una serie de actos sucesivos que se extienden por un cierto período de tiempo y que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas”.

Como puede apreciarse, la caracterización legal de los crímenes de lesa humanidad bajo la Ley N° 20.357 es muy similar a aquella contenida en el artículo 7° del Estatuto de Roma: en ambos casos el delito se estructura sobre la base de un delito particular –los actos *inhumanos*: homicidio, lesiones, tortura, etc. –, cometidos en un cierto *contexto*, que es también en ambas regulaciones un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, que responde a una determinada *política* del Estado o de una organización de cometer ese ataque.

Las principales diferencias dicen relación con el orden de ciertos elementos en la estructura general de formulación de los crímenes y la circunstancia de que algunos de estos elementos vengan pre-definidos en la ley. Así, en el Estatuto de Roma no se define qué debe entenderse por “ataque generalizado” ni “ataque sistemático”, conceptos que sí vienen delineados conceptualmente en nuestra legislación; pero sí se ofrece un significado de “ataque contra la población civil”, dentro de la cual se encuentra contenida la exigencia de que el ataque responda a una determinada *política* del Estado u organización, sobre la cual se entregan algunas nociones adicionales en los Elementos de los Crímenes. En la ley chilena, el “elemento político” se inscribe como una circunstancia independiente a la del ataque generalizado o sistemático, sin una definición que la acompañe, aunque es más preciso –detallado– que el Estatuto sobre el *quién* formula la política. La consecuencia práctica de estas diferencias podría manifestarse ante un caso de persecución penal *múltiple* en sede doméstica y ante la CPI bajo el principio de complementariedad; pero en lo que aquí interesa, y por las razones enunciadas, especialmente la circunstancia de que los puntos de encuentro entre ambas definiciones son bastante amplios, la formulación del Estatuto de Roma sigue siendo una valiosa guía interpretativa de la norma chilena.

Ahora bien, leyendo con conjunto la ley chilena y el Estatuto de Roma se puede concluir que al menos probatoriamente las exigencias a nivel *contextual* son casi idénticas: la existencia de un ataque; que sea generalizado o sistemático; que responda a una política del Estado u otra organización; que esté dirigido contra la población civil.

Desde esta perspectiva, los elementos a probar frente a un determinado hecho, para calificarlo como *crimen de lesa humanidad* bajo la legislación chilena, serían los siguientes:

- La comisión de un delito de aquellos listados en los artículos 3° a 9° de la ley, tanto su faz objetiva como subjetiva.
- Que el acto sea parte de un ataque generalizado o sistemático.
- Que dicho ataque además responda a una *política* del Estado, sus agentes u organizaciones de determinadas características.
- Que el ataque sea dirigido contra una población civil.
- Que el autor del delito base o acto *inhumano* tenga conocimiento que su delito forma parte del ataque global que responde a una política determinada.

Los actos *inhumanos*

Nuestro legislador siguió la fórmula de un listado taxativo de delitos cuyas definiciones se construyeron en base y por referencia a figuras preexistentes del ordenamiento interno, cuando existía el correlato. Así, por ejemplo, el artículo 4° tipifica como crimen de lesa humanidad el *homicidio*, describiendo la conducta como *matar a otro*, de modo similar a la descripción del artículo 391 del Código Penal. Por su parte, el artículo 6° describe un delito de desaparición forzada de personas, inexistente como tal en nuestra legislación⁵⁸. Los otros delitos subyacentes son los de lesiones, abortos forzados, esterilización forzada, embarazo forzado, esclavitud, secuestro, violación, abuso sexual, prostitución forzada, tortura, sometimiento de la población a condiciones de existencia capaces de causar su muerte, traslado forzado de personas, persecución, entre otros⁵⁹.

El ataque

El *ataque* “(...) describe una línea de conducta (course of conduct) en la que se deben integrar los hechos individuales”⁶⁰. El acto inhumano, por tanto,

58 Está en actual tramitación un proyecto de ley que modifica el Código Penal e incorpora la figura de desaparición forzada de personas, boletín N° 9819-17.

59 Para un análisis detallado sobre las similitudes y diferencias de los catálogos de ambos cuerpos normativos –Ley N° 20.357 y Estatuto de Roma–, puede verse CÁRDENAS, Claudia. “Los crímenes de lesa humanidad en el derecho chileno y en el derecho internacional. Sus requisitos comunes, además de referencias a los actos inhumanos en particular” [en línea]. En: *Revista de Derecho*, Vol. XXVII –N° 2–, Valdivia, Diciembre 2014, págs. 169-189. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502014000200008.

60 WERLE, ob. cit., p. 475.

puede ser el único delito cometido por el imputado, siempre que tenga una relación funcional al resto de los crímenes que se consideran parte del ataque, estando presente por cierto el resto de los elementos típicos. El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia señaló, a este respecto, que un acto individual cometido por una persona en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil conlleva responsabilidad penal individual, sin que sea necesario que dicho autor sea considerado culpable de *múltiples* atentados⁶¹. La *multiplicidad* de actos, tanto para el Estatuto de Roma como para nuestra legislación, es una cualidad exigible al *ataque*, no al acto *inhumano* particular. Además, se ha apuntado que un mismo acto –por ejemplo colocar y detonar una bomba o envenenar un pozo de agua–, podría constituir una *multiplicidad* de actos inhumanos (homicidios, lesiones), en la medida que afecten o estén dirigidos contra una pluralidad de víctimas⁶². Cabe tener presente eso sí que la Ley N° 20.357, a diferencia del Estatuto de Roma, permite que el ataque esté conformado incluso por un solo acto –para ser calificado al menos de *generalizado*–⁶³.

También es relevante destacar que los actos no tienen por qué ser del mismo tipo, pudiendo conformar el ataque diferentes delitos (por ejemplo violación, homicidio, lesiones, desaparición forzada, etc.)⁶⁴; y al menos en la jurisprudencia de tribunales internacionales se ha señalado que formas de maltrato a la población civil diferentes del ejercicio de violencia pueden también ser constitutivas de éste⁶⁵. En el Estatuto de Roma, los actos que

61 International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (ICTY). *Prosecutor v. Tadic*. Caso N° IT-94-1. Sala de Juicio, 7 de mayo de 1997, para. 649. También, CRYER *et. al.*, ob. cit., p. 236.

62 CRYER *et. al.*, ob. cit., p. 236.

63 Sobre ello, vid. CÁRDENAS, Claudia, “Los crímenes de lesa humanidad...”, ob. cit., p. 177.

64 En este sentido, por ejemplo, International Criminal Tribunal for Rwanda. *Prosecutor v. Kayishema et. al.*, (caso N° ICTR-95-1), Sala de Juicio II, sentencia del 21 de mayo de 1999, para. 122, fallo que reconoce explícitamente que el ataque puede estar conformado por uno o más actos inhumanos de diferente naturaleza: “(...) *The attack is the event in which the enumerated crimes must form part. Indeed, within a single attack, there may exist a combination of the enumerated crimes, for example murder, rape and deportation*”. Disponible en: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-95-1/trial-judgements/en/990521.pdf>.

65 International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (ICTY). *Prosecutor v. Kunarac*. Caso N° IT-96-23& IT-96-23/1-A. Sala de Apelaciones, 12 de junio de 2002, para. 86: “*Also, the attack in the context of a crime against humanity is not limited to the use of armed force; it encompasses any mistreatment of the civilian population*”. Disponible en: <https://www.icty.org/x/>

conforman el ataque deben poder calificarse como alguno de los delitos que contempla el artículo 7 párrafo 1, y no otros, ya que de acuerdo a la definición de “ataque” contenida en el párrafo 2 del artículo 7, éste implica la “(...) *comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1...*”. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que dentro del listado del párrafo 1 se incluye como acto inhumano, en la letra k), “*Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física*”, con lo cual el abanico de posibilidades de actos que dan cuerpo al ataque, se abre considerablemente.

En la Ley N° 20.357 no existe una cláusula similar, por lo que en principio, desde una interpretación estrictamente literal, los actos que conforman el ataque no necesitan necesariamente ser reconducidos a alguna de las figuras contempladas en los artículos 3° a 9° de la ley. Sin embargo, la jurisprudencia de tribunales internacionales ha reconocido ampliamente que el ataque está formado por los mismos delitos que pueden catalogarse como actos *inhumanos*, y no otros. Ello sería consecuente con la idea de que los crímenes de lesa humanidad prohíben conductas que conforman los atentados más graves y serios contra los derechos humanos de las personas y la propia humanidad. Así se han interpretado también otros cuerpos normativos que, como la Ley N° 20.357, no definen el ataque por remisión al listado de actos inhumanos del Estatuto correspondiente⁶⁶. Ahora bien, para nuestra legislación ello implicaría, en principio, que el ataque pudiera conformarse por alguno de los delitos listados en los artículos 3° a 9° pero también por otros que han sido incluidos en catálogos de crímenes de lesa humanidad y no aparezcan en la ley⁶⁷ y eventualmente también por otros que hayan sido reconocidos como tales en fallos de tribunales internacionales⁶⁸.

cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf. También, International Criminal Tribunal for Rwanda, The Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu, caso N° ICTR-96-4-T, Sala de Juicio I, sentencia del 2 de septiembre de 1998, para. 581: “The concept of attack’ maybe defined as a unlawful act of the kind enumerated in Article 3(a) to (I) of the Statute, like murder, extermination, enslavement etc. An attack may also be non violent in nature, like imposing a system of apartheid, which is declared a crime against humanity in Article 1 of the Apartheid Convention of 1973, or exerting pressure on the population to act in a particular manner, may come under the purview of an attack, if orchestrated on a massive scale or in a systematic manner”. Disponible en: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>.

66 Con detalle y referencias jurisprudenciales, AMBOS *et. al.*, “The current law...”, ob. cit., págs. 16-17. Similar, CÁRDENAS, “Los crímenes de lesa humanidad...”, ob. cit., p. 179.

67 Por ejemplo, el crimen de apartheid, que en nuestra ley conforma una circunstancia agravante más que un acto inhumano autónomo (art. 10).

68 Especialmente por la Corte Penal Internacional al momento de dar contenido a los “otros actos inhumanos de carácter similar” contemplados en el artículo 7 párrafo 1 letra k) del Estatuto.

La Corte Penal Internacional ha señalado que debe probarse sólo una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos listados en el artículo 7 párrafo 1, y que un solo acto puede conformar un ataque en los términos del Estatuto mientras el resto de los requisitos se cumplan. El ataque no necesariamente debe ser de naturaleza militar y puede comprender cualquier forma de violencia contra la población civil⁶⁹, en tanto, agregan otros fallos, dichos actos sean reconducibles a alguna de las figuras listadas en el artículo 7 párrafo 1⁷⁰.

En un fallo más reciente, siguiendo la línea de *Bemba*⁷¹, la Corte sostuvo que bajo el Estatuto el *ataque* exigía la comisión múltiple de actos listados en el artículo 7 párrafo 1; que cada uno de los actos individuales incriminados deben ser parte de esta línea de conducta y *acumulativamente* deben satisfacer el estándar cuantitativo de *múltiples actos*. Los delitos no contemplados en el artículo 7 párrafo 1 pueden asistir para determinar si el ataque fue dirigido contra una población civil o si fue realizado de conformidad con la política del Estado u organización, pero no pueden ser considerados propiamente parte del ataque⁷².

A lo anterior debe agregarse que los Elementos de los Crímenes expresamente señalan que no es necesario que los actos constituyan un ataque militar⁷³. No se exige conexión de ninguna naturaleza con un conflicto armado, ya sea de carácter internacional o interno; ni tampoco ánimo discriminatorio, con excepción del crimen de *persecución*⁷⁴. Con ello

69 International Criminal Court, *Prosecutor v. Germain Katanga*, Caso N° ICC-01/04-01/07, Sala de Juicio II, sentencia del 7 de marzo de 2014, para. 1101. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_04025.PDF.

70 International Criminal Court, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, caso N° ICC-01/05-01/08, Sala de Juicio III, sentencia del 21 de marzo de 2016, para. 1513: "(...) *The Chamber observes that the terms of the Statute and the Elements of Crime are clear in providing that the multiple commission of acts can only include acts referred to in Article 7(1). Accordingly, only those acts enumerated in Article 7(1)(a) to (k) may be relied upon to demonstrate the "multiple commission of acts" for the purposes of Article 7.*" Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF.

71 ICC, , *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, cit.

72 International Criminal Court, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, caso N° ICC-01/04-02/06, Sala de Juicio VI, sentencia del 8 de julio de 2019, para. 662-663.

73 Elementos, ob. cit., crímenes de lesa humanidad, Introducción.

74 El artículo 7.2.g) del Estatuto de Roma define el crimen de persecución como "(...) *la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad*". Similar, aunque ya no como un delito autónomo, el artículo 10 de la Ley N° 20.357 dispone que no podrá aplicarse el mínimo de la pena en los delitos contemplados en el Párrafo 1 del Título I, "(...) *si ellos fueren cometidos para oprimir y dominar en forma sistemática a un grupo racial o*

nuestro legislador supera definitivamente las restricciones impuestas en los Estatutos de Núremberg, Yugoslavia y Ruanda a los crímenes de lesa humanidad, y acepta la definición del Estatuto que no demanda prueba de tales elementos.

Por último, debe destacarse que, tanto en la formulación del Estatuto como de nuestra ley, el ataque puede ser generalizado o sistemático: no es necesario acreditar ambos para subsumir el hecho como crimen de lesa humanidad.

Ataque generalizado o sistemático

La Ley N° 20.357, en su artículo 2°, señala lo que debe entenderse, bajo el derecho chileno, por “ataque generalizado” y “ataque sistemático”.

En el caso del ataque *generalizado*, éste se define por referencia al número actual o potencial de víctimas: uno o más actos simultáneos que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas. Basta acreditar, entonces, que el acto estaba *dirigido* a un número elevado de personas, aunque no haya existido una afectación concreta de ninguna de ellas, para entender consumado el crimen de lesa humanidad. En cuanto al número actual o potencial de víctimas, para alcanzar el estándar de *considerable* empleado en la ley, habrá que estar al caso concreto⁷⁵. En la decisión de la Corte sobre la solicitud de la Fiscalía de que se decretara una orden de arresto en contra de Omar Al Bashir por la situación ocurrida en Darfur, se señaló que aunque los términos “generalizado” y “sistemático” no estaban definidos en el Estatuto, dichas nociones podían ser definidas de modo negativo como excluyentes de actos de violencia aislados o aleatorios, que el término “generalizado” hacía referencia a un ataque a gran escala y al número de víctimas, mientras “sistemático” se entendía por referencia a un cierto nivel de organización⁷⁶.

con la intención de mantener dicha dominación y opresión”. Como se ve en la Ley N° 20.357 no se exige un ánimo discriminatorio en forma genérica pero cuando éste aparece en los hechos, opera como circunstancia *agravante*.

75 Para la definición en el Estatuto de Roma, similar, CRYER *et al.*, ob. cit., p. 235.

76 International Criminal Court, *Situation in Darfur (Al Bashir arrest warrant case)*, Sala de Cuestiones Preliminares, 4 de marzo de 2009, para. 81: “Although the terms “widespread” and “systematic” are not specifically defined in the Statute, the Chamber has previously held that this language excludes random or isolated acts of violence, and that the term “widespread” refers to the large-scale nature of the attack, as well as to the number of victims, while the term “systematic” pertains to the organised nature of the acts of violence and to the improbability of their random occurrence”. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_01517.PDF.

De modo similar se ha pronunciado el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia⁷⁷ y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁷⁸.

En el caso *Katanga*, la Corte Penal Internacional, siguiendo decisiones anteriores, sostuvo que el adjetivo *sistemático* refiere a un ataque a “gran escala”, dirigido contra un número relevante de personas⁷⁹. En *Bemba*, agregó que para entender configurado este elemento, el ataque debía ser masivo, frecuente, realizado de forma colectiva, de manera seria y dirigido contra una multiplicidad de víctimas. La Corte también señaló que la ponderación debe realizarse en el caso concreto y no responde exclusivamente ni sólo a criterios espaciales (zona geográfica) ni sólo a elementos cuantitativos (número de víctimas). En cuanto al criterio *temporal*, la Corte lo descarta como uno de relevancia para el análisis en cuestión⁸⁰. En el caso *Ntaganda*, el

77 International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (ICTY). *Prosecutor v. Kunarac*. Caso N° IT-96-23& IT-96-23/1-A. Sala de Juicio II, 22 de febrero de 2001, para. 428: “The adjective “widespread” connotes the large-scale nature of the attack and the number of its victims. The Commentary of the International Law Commission in its Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind describes this as follows: Inhumane acts must be committed on a large scale meaning that the acts are directed against a multiplicity of victims. This requirement excludes an isolated inhumane act committed by a perpetrator acting on his own initiative and directed against a single victim”. Disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>.

78 International Criminal Tribunal for Rwanda, *Prosecutor v. Nahimana*. Caso N° ICTR-99-52-A, Sala de Apelaciones, sentencia dl 28 de noviembre de 2007, para. 920: “The Appeals Chamber rejects this argument. It is well established that the attack must be widespread or systematic. In particular, the Appeals Chamber has held that the conjunction “et” in the French version of Article 3 of the Statute is a translation error. The Appeals Chamber further recalls that: “widespread” refers to the large-scale nature of the attack and the number of victims, whereas “systematic” refers to ‘the organized nature of the acts of violence and the improbability of their random occurrence’. Patterns of crimes –that is the non-accidental repetition of similar criminal conduct on a regular basis– are a common expression of Such systematic occurrence”. Disponible en: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-99-52/appeals-chamber-judgements/en/071128.pdf>.

79 ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga*, ob. cit., para. 1123: “(...) An established line of authority holds that the adjective “widespread” adverts to the large-scale nature of the attack and to the number of targeted persons...”. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_04025.PDF.

80 ICC, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ob. cit., para. 162-3: “(...) The Chamber concurs with prior jurisprudence of this Court that the term “widespread” connotes the large-scale nature of the attack and the large number of targeted persons, 369 and that such attack may be “massive, frequent, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims”. 370 The Chamber notes that the assessment of whether the “attack” is “widespread” is neither exclusively quantitative nor geographical, but must be carried out on the basis of the individual facts. 371 The temporal scope of the attack does not, as proposed by the Legal Representative, 372 have an impact on this specific analysis”. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF.

tribunal señaló que una serie de actos constitutivos de homicidio, persecución, transferencia forzada de civiles, violación y esclavitud sexual cometidos contra civiles en varias zonas situadas principalmente entre Bunia y Mongbwalu, y hasta Songolo, Zumbe y Komanda, en la República Democrática del Congo, conformaban un ataque *generalizado* en los términos del Estatuto⁸¹.

El ataque es *sistemático*, bajo la regulación chilena, cuando los actos son múltiples (*una serie de actos*), sucesivos, se extienden por un cierto período de tiempo y afectan o están dirigidos a un número considerable de personas. La definición legal repite en esta parte el criterio cuantitativo como uno caracterizador *también* del elemento sistemático (ataque que afecta o se dirige contra un número considerable de personas). De esta manera, para la ley nacional la *sistematicidad* se diferencia de la *generalidad* del ataque en que el primero exige siempre una pluralidad de actos que se extiendan por un cierto período de tiempo. Luego, ambos demandan para su satisfacción un número real o potencial de víctimas *considerable*.

Los tribunales internacionales han interpretado la voz “sistemático” en general por referencia a un plan u organización, cuya *densidad* ha ido variando en los distintos casos. Así, por ejemplo, en *Akayesu*, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda entendió el concepto como uno que exigía un alto nivel de organización, que siguiera un patrón regular realizado sobre una política común y que implique el uso de recursos privados o públicos⁸². El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia también ha adoptado algunas decisiones exigiendo un elevado nivel de organización⁸³, aunque en otros

81 ICC, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ob. cit., para. 691 y 694: “During the attack described above, 2180 the UPC/FPLC committed a series of acts constituting murder, persecution, forcible transfer of civilians, rape and sexual slavery against civilians in a large number of different locations, situated primarily in the area between Bunia and Mongbwalu, and extending to Songolo, Zumbe and Komanda. Accordingly, the Chamber concludes beyond reasonable doubt that the attack was widespread”. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_03568.PDF.

82 International Criminal Tribunal for Rwanda, *The Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu*, caso N° ICTR-96-4-T, Sala de Juicio I, sentencia del 2 de septiembre de 1998, para. 580: “The concept of systematic’ may be defined as thoroughly organized and following a regular pattern on the basis of a common policy involving substantial public or private resources. There is no requirement that this policy must be adopted formally as the policy of a state. There must however be some kind of preconceived plan or policy”. Disponible en: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>.

83 International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (ICTY), *Prosecutor v. Tibomir Blaskic*, caso N° IT-95-14-T, Sala de Juicio, sentencia del 3 de marzo del 2000, para. 203: “The systematic character refers to four elements which for the purposes of this case may be expressed as follows: - the existence

casos ha demandado más simplemente la existencia de patrones, de un plan o cierta organización y de la imposibilidad de la ocurrencia aislada o aleatoria de los delitos⁸⁴.

La Corte Penal Internacional ha seguido una interpretación similar. En *Katanga*, sostuvo que el término “sistemático” refleja la naturaleza organizada de los actos de violencia y la improbabilidad de su ocurrencia aleatoria, a la vez que implica la existencia de un cierto patrón de conducta que se traduce en su repetición “no-accidental”⁸⁵. En *Ntaganda*, la Corte agregó que para el análisis de este elemento debe evaluarse la existencia de una repetición de actos buscando el mismo objetivo en una población civil, considerando asimismo: i) si actos idénticos tuvieron lugar o prácticas criminales similares pueden identificarse; ii) el mismo *modus operandi* fue utilizado; iii) las víctimas fueron tratadas de manera similar en una amplia zona geográfica⁸⁶. En dicho caso, la Corte estimó comprobada la existencia de un mismo *modus operandi*, que consistía en un asalto inicial y la toma de control sobre el poblado, para luego iniciar una operación *rastrillo*, que podía durar varios días, y cuya finalidad consistía en eliminar a cualquier sobreviviente, incluidos civiles, y al saqueo del lugar⁸⁷.

De esta forma, y de acuerdo a lo señalado, podemos concluir que bajo la regulación doméstica, el *ataque* está conformado por uno o varios actos, respecto de los cuales no se exige que tengan naturaleza militar o bélica ni conexión alguna con un conflicto armado de carácter internacional o interno ni ánimo discriminatorio de parte de sus autores. Los actos pueden constituir los mismos o diferentes tipos de delito. El acto individual incriminado a título de lesa humanidad no tiene por qué conformar de manera única el *ataque*, pudiendo ser uno de los delitos que, acumulativamente a otro u otros, lo delinear.

of a political objective, a plan pursuant to which the attack is perpetrated or an ideology, in the broad sense of the word, that is, to destroy, persecute or weaken a community; - the perpetration of a criminal act on a very large scale against a group of civilians or the repeated and continuous commission of inhumane acts linked to one another; - the preparation and use of significant public or private resources, whether military or other; - the implication of high-level political and/or military authorities in the definition and establishment of the methodical plan”. Disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf>.

84 En este sentido, vid. ICTR, *Prosecutor v. Nahimana*, citando fallos anteriores, ob. cit., para. 920: “*The Appeals Chamber further recalls that: “widespread” refers to the large-scale nature of the attack and the number of victims, whereas “systematic” refers to ‘the organized nature of the acts of violence and the improbability of their random occurrence.’ Patterns of crimes –that is the non-accidental repetition of similar criminal conduct on a regular basis– are a common expression of such systematic occurrence”.*

85 ICC, *Prosecutor v. Katanga*, ob. cit., para. 1123.

86 ICC, *Prosecutor v. Ntaganda*, ob. cit. para. 693.

87 *Ibid.*, para. 695.

El ataque además debe ser generalizado o sistemático. Será generalizado por referencia al número de víctimas reales o potenciales. Criterios temporales (período de tiempo en el cual se produjo el ataque, para nuestra ley, actos simultáneos o inmediatamente sucesivos) y territoriales (lugares donde se produce el ataque), si bien no son exigidos legalmente, pueden servir también para calificar al ataque como generalizado. Y será sistemático cuando se estructure sobre la base de actos sucesivos que se cometen por un cierto período de tiempo y esté dirigido o afecte a un número considerable de víctimas. Nuestra ley no requiere la prueba de ningún tipo de organización o planificación, alejándose de la interpretación de los tribunales internacionales. Basta acreditar la existencia de un *patrón* de conducta en un lapso temporal determinado, sin perjuicio que su implementación normalmente irá precedida de algún grado de organización o planificación. Para determinar el patrón no es necesario que los actos sucesivos se reconduzcan a las mismas figuras típicas; puede tratarse de delitos diferentes que por ejemplo responden a un mismo *modus operandi* o al mismo tipo de tratamiento de las víctimas.

La política

El artículo 1° N° 2 de la Ley N° 20.357 exige, para calificar un delito como de *lesa humanidad*, que el ataque generalizado o sistemático responda a una *política* del Estado o de sus agentes, de grupos armados organizados o de grupos organizados que detenten un cierto nivel de poder de hecho. La ley chilena demanda la prueba de esta política de forma *adicional* a la del ataque generalizado o sistemático; en otros términos, ambas circunstancias deben acreditarse en el caso concreto para la subsunción del hecho como crimen de lesa humanidad. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la primera circunstancia, la ley no define qué debe entenderse o qué debe comprender esta política, limitándose a especificar quién puede *formularla*⁸⁸.

En el Estatuto de Roma, en cambio, la política es parte de la definición del ataque: en efecto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7.2.a), “*Por “ataque contra la población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de*

88 El “(...) Estado o sus agentes; grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares; o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos”.

cometer ese ataque o para promover esa política". La política, en el Estatuto, es parte esencial del ataque, tanto que es justamente aquel elemento que permite definirlo como tal: si no hay política, simplemente no hay ataque en los términos del artículo 7°, dejando subsistente la mera reiteración de actos delictivos –ordinarios–. Dicha definición es complementada por los Elementos de los Crímenes, que definen la política como la promoción activa del Estado u organización de un ataque de esa índole contra la población civil. Se exige una *acción* positiva del Estado o la organización y sólo excepcionalmente podrá ejecutarse mediante una omisión, que en todo caso debiera ser *deliberada*, no pudiendo deducirse exclusivamente de una falta de acción del Estado o la organización⁸⁹.

Ahora bien, en la práctica, las diferentes formulaciones del Estatuto y la ley chilena no parecen llevar a consecuencias disímiles al menos desde el punto de vista probatorio: para ambos cuerpos normativos deberá acreditarse tanto el ataque generalizado o sistemático como la política del Estado u organización; sin la prueba del "elemento político", en ambos casos también tendremos una situación de reiteración de delitos graves, mas no un crimen de lesa humanidad en propiedad.

En cuanto a su definición, pueden encontrarse diversas formulaciones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Para algunos, la política se refleja en la exclusión de la criminalidad *aleatoria*, en el sentido de que existe un Estado u organización que justamente promueve la comisión de tales delitos en una forma determinada y, por lo tanto, conectada entre sí; otros también destacan que en la base de la política hay un elemento colectivo importante, pues en definitiva los crímenes de lesa humanidad, en esencia, son una "política que ha degenerado"⁹⁰. Si lo anterior es así, cabe preguntarse si el elemento colectivo no se encontraba ya incluido en el término "sistemático". Durante las negociaciones en Roma, la inclusión de la política se habría producido a cambio de la mantención alternativa de los elementos generalizado y sistemático: como podía probarse cualquiera de los dos, para ambos se exigía además la política, y así se aseguraba una cierta conexión con un *colectivo* que impulsaba los crímenes, especialmente cuando el ataque fuera sólo *generalizado*⁹¹. En este sentido, algunos han apuntado que la *política* como parte de los requisitos *contextuales* son de

89 Elementos de los Crímenes, Crímenes de Lesa Humanidad (y nota al pie N° 6), ob. cit.

90 LUBAN, David. "A Theory of Crimes Against Humanity", citado por CRYER *et. al.*, ob. cit., p. 238.

91 ROBINSON, Darryl. "Defining 'Crimes Against Humanity' at the Rome Conference" [en línea]. En: *The American Journal of International Law*, vol. 93, no. 1, Estados Unidos,

la esencia de los crímenes de lesa humanidad: es justamente la idea de un ataque concertado y materializado desde el Estado en contra de civiles, o de una organización con cierta envergadura, lo que permite distinguir estos delitos de los ordinarios, como atentados, justamente, contra la *humanidad*⁹².

Ha sido objeto de controversia si la costumbre internacional exige o no el elemento político para los crímenes de lesa humanidad. Para algunos es necesaria su inclusión pues de lo contrario la noción de crimen de lesa humanidad podría comprender la comisión de crímenes sucesivos en el tiempo –generalizados–, por ejemplo en el marco de una ola de delitos particulares; otros, en cambio, sostienen que la costumbre internacional excluye, en el concepto de *ataque*, actos aislados o aleatorios, por lo que no es necesario agregar otro requisito como este⁹³. El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia declaró que nada en el Estatuto –de ese tribunal– ni en el derecho consuetudinario exigía la prueba de la existencia de un plan o política de cometer los crímenes⁹⁴. Sin embargo, jurisprudencia a nivel doméstico y también internacional, desde Núremberg en adelante, reconocerían la exigencia de una *política* para establecer en el caso concreto un crimen de lesa humanidad⁹⁵.

Más allá del debate, lo cierto, para nuestro análisis, es que tanto el Estatuto de Roma como la Ley N° 20.357 exigen acreditar la existencia del elemento

1999, págs. 43–57. JSTOR. Disponible en: www.jstor.org/stable/2997955; WERLE, ob. cit., p. 480.

92 BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes against humanity in international criminal law*. Citado por Robinson, Darryl, ob. cit., p. 49.

93 Para una visión general, vid. CRYER *et. al.*, ob. cit., págs 236–240; CASSESE, ob. cit., p. 107; ROBINSON, ob. cit., págs. 49–51.

94 ICTY, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, ob. cit., sentencia de apelación de fecha 12 de junio de 2002, para. 98: “*Contrary to the Appellants’ submissions, neither the attack nor the acts of the accused needs to be supported by any form of “policy” or “plan”. There was nothing in the Statute or in customary international law at the time of the alleged acts which required proof of the existence of a plan or policy to commit these crimes. As indicated above, proof that the attack was directed against a civilian population and that it was widespread or systematic, are legal elements of the crime. But to prove these elements, it is not necessary to show that they were the result of the existence of a policy or plan. It may be useful in establishing that the attack was directed against a civilian population and that it was widespread or systematic (especially the latter) to show that there was in fact a policy or plan, but it may be possible to prove these things by reference to other matters. Thus, the existence of a policy or plan may be evidentially relevant, but it is not a legal element of the crime*”. Disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>.

95 ROBINSON, ob. cit., págs. 49–50.

político, y en ninguno de estos dos cuerpos normativos se proporciona una definición. En *Katanga*, la Corte señaló que, bajo el Estatuto, la *política* se refiere en esencia al hecho que un Estado u organización pretenda realizar un ataque contra una población civil, ya sea a través de conductas activas u omisivas. Agrega la Corte que bajo el Estatuto no se requiere la existencia *formal* de esta política, razón por la cual la prueba de la misma deberá ser *inferida* de, por ejemplo, acciones repetidas que ocurren en la misma secuencia, o la existencia de preparativos o movilizaciones colectivas coordinadas por el Estado o la organización⁹⁶. De modo similar se pronunció en *Bemba*⁹⁷ y, más recientemente, en *Ntaganda*⁹⁸.

Agrega el tribunal que, en su concepto, en la mayoría de las situaciones previsible, algunos aspectos de la política se cristalizan o desarrollan mientras los hechos se desencadenan, y es en esos momentos cuando características de la política como sus modalidades e implementación, son conocidas –y aceptadas– por los autores individuales de los crímenes; en otros términos, no todos los aspectos de la política deben estar pre-definidos, pudiendo ésta completar sus extremos *durante* los ataques. Sobre la relación entre la política y el ataque cuando es “sistemático”, la Corte declara que ambos no son sinónimos: mientras el adjetivo “sistemático” es aplicable al ataque, como un patrón de conducta repetida o comisión continua e interconectada, no aleatoria, de actos de violencia, para probar la existencia de la política sólo debe demostrarse que el Estado u organización pretendían cometer el ataque contra la población civil⁹⁹.

En la Ley N° 20.357, el acto individual debe ser parte del ataque –generalizado o sistemático– y éste –el ataque–, *responder* a una política. Así formulado, es necesario establecer algún vínculo entre el ataque y la política. Al respecto, en *Katanga*, la Corte señaló que se debía acreditar que la operación o línea de conducta era realizada en base o con la finalidad de concretar tal política. En este contexto, no es necesario, en opinión del tribunal, determinar si los

96 ICC, *Prosecutor v. Katanga*, ob. cit., para. 1108-1109.

97 ICC, *Prosecutor v. Bemba*, ob. cit., para. 159-160.

98 ICC, *Prosecutor v. Ntaganda*, ob. cit., para. 673-674.

99 ICC, *Prosecutor v. Katanga*, ob. cit., para. 1010-1013. Sobre otras resoluciones de la Corte, en etapas procesales previas al juicio y sentencia definitiva, que parecen indicar que el elemento sistemático se encuentra contenido en el político –por lo que probando este último, se da por acreditado también el sistemático–, vid. BELTRÁN, Pablo. “*Requisitos comunes a todo crimen de lesa humanidad*”. En: CÁRDENAS, Claudia; FERNÁNDEZ, Karinna (eds.). *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años: Un enfoque práctico* Chile, LegalPublishing, 2013, págs. 54-55.

autores individuales están directa o indirectamente conectados al Estado u organización que formuló la política; y además la conexión se exige entre la línea de conducta –el ataque– y la política, no necesariamente entre el ataque y el Estado u organización que la formuló.

Tomando en cuenta la jurisprudencia reciente de la Corte y aquella de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia y Ruanda, puede concluirse entonces que la *política* configura un estándar más bajo que el concepto “sistemático”, en el sentido que permite, *a priori*, excluir actos aislados o aleatorios de la incriminación bajo el rótulo de lesa humanidad. La política no debe ser formalmente adoptada ni expresamente declarada, ni tampoco precisa y detalladamente expuesta¹⁰⁰; puede inferirse de la manera en que ocurrieron los hechos; y no exige demostrar una acción concreta, puede tenerse por establecida también por la vía de la prueba de su aceptación implícita¹⁰¹ por parte del Estado u organización¹⁰². Como apunta Werle: “*La política del Estado o de la organización puede consistir en la adopción de una función directiva en la comisión del crimen o en un apoyo activo del hecho global o incluso en su tolerancia*”¹⁰³.

En relación al *colectivo* que diseña la política, la Ley N° 20.357 dispone que ésta puede provenir del Estado o sus agentes o de organizaciones con ciertas características (grupos armados organizados que cuenten con un

100 ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, ob. cit., sentencia del 7 de mayo de 1997, para. 653: “*Importantly, however, such a policy need not be normalized and can be deduced from the way in which the acts occur. Notably, if the acts occur on a widespread or systematic basis that demonstrates a policy to commit those acts, whether formalized or not. Although some doubt the necessity of such a policy the evidence in this case clearly establishes the existence of a policy*”.

101 AMBOS et. al., *The Current Law...*, ob. cit., p. 31, señala que la política también puede consistir en la denegación deliberada de protección a las víctimas de un ataque generalizado pero no sistemático. En otros términos, la tolerancia de cometer los crímenes. También, ICTY, *Prosecutor v. Kupreskic*, caso N° IT-95-16-T, Sala de Juicio N° II, sentencia del 14 de enero del 2000, para. 555: “*While crimes against humanity are normally perpetrated by State organs, i.e. individuals acting in an official capacity such as military commanders, servicemen, etc., there may be cases where the authors of such crimes are individuals having neither official status nor acting on behalf of a governmental authority. The available case-law seems to indicate that in these cases some sort of explicit or implicit approval or endorsement by State or governmental authorities is required, or else that it is necessary for the offence to be clearly encouraged by a general governmental policy or to clearly fit within such a policy*”. Disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>.

102 CRYER et. al., ob. cit., p. 239; WERLE, ob. cit., p. 481.

103 WERLE, ob. cit., p. 482.

mando responsable y ejerzan control sobre un territorio, de modo que les permita realizar operaciones militares; o grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos). En el ámbito del Estado, la ley distingue entre éste y “sus agentes”, con lo cual se puede deducir que políticas *sectoriales* o que forman parte de organismos específicos del Estado –por ejemplo las Fuerzas Armadas, las policías, etc. – son actores suficientes en los términos del artículo 1° N° 2, sin que sea necesario que todo el Estado o su gobierno central haya estado involucrado en el diseño, para que podamos entender la política por formulada. Tampoco sería necesario que sea formulada “al más alto nivel”¹⁰⁴, sin perjuicio de la responsabilidad que de todas maneras le puede caber a las autoridades o jefes militares. En este sentido, el artículo 35 inciso primero de la ley dispone: “*Serán sancionados como autores de los delitos previstos en esta ley las autoridades o jefes militares o quienes actúen efectivamente como tales, en su caso, que teniendo conocimiento de su comisión por otro, no la impidieren, pudiendo hacerlo*”.

En relación a la “organización”, nuestra ley ofrece una cierta demarcación conceptual que permite establecer qué tipo de organizaciones son susceptibles de formular la política, a diferencia de lo que ocurre en el Estatuto de Roma que sólo hace alusión a una “organización”. Ahora bien, mientras el primer tipo de organizaciones (grupos armados que ejerzan control sobre un territorio), apuntan a un colectivo de ciertas características *asimilables* al Estado, o al menos de una gran envergadura (en la medida que deben contar con armamento, un mando responsable y ejercer control sobre un territorio de manera tal de poder realizar en él operaciones militares), el segundo es bastante más amplio y podría abrir la pregunta sobre si por ejemplo organizaciones terroristas o dedicadas al tráfico ilícito de drogas, podrían ser los diseñadores de la política para la calificación de ciertos delitos como de lesa humanidad.

En *Katanga*, la Corte adoptó un criterio *funcional* de “organización”, señalando que ésta debe contar con una cierta estructura y mecanismos y medios suficientes para asegurar la coordinación necesaria para llevar adelante el ataque contra la población civil, pudiendo incluso tratarse de organizaciones privadas que en ningún caso deben contar con una densidad organizacional que las haga equiparables al Estado¹⁰⁵. Lo relevante será si en efecto contaban

104 ICTY, Blaskic, ob. cit., para 653: “*Nor must the plan necessarily be conceived at the highest level of the State machinery*”.

105 ICC, *Prosecutor v. Katanga*, ob. cit., para. 1119.

con las capacidades para organizar y llevar adelante un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, y no su forma de organización o jerarquía interna que se asemeje más o menos a la de un Estado¹⁰⁶.

Sin embargo, el tema es objeto de debate. En la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares que autorizó el inicio de una investigación sobre los hechos ocurridos en Kenia luego de las elecciones del año 2007, se discutió ampliamente los alcances del concepto “organización”. La decisión de mayoría estuvo por entender que varios grupos, incluyendo líderes locales, empresarios y políticos asociados a partidos políticos y a fuerzas policiales, podían conformar una “organización” en términos del Estatuto. La decisión de minoría, en cambio, sostuvo que debía exigirse una organización que asimilara al menos algunas características de los Estados (una colectividad de personas, establecida y funcionando en torno a objetivos comunes, por un período prolongado de tiempo, que responde a un liderazgo o posee cierto grado de jerarquía, incluyendo como mínimo algún nivel político; con capacidad de imponer sus políticas sobre sus miembros y sancionarlos, y que tenga la capacidad y medios para atacar a la población civil)¹⁰⁷.

Atendida la redacción del artículo 1° N° 2 de la ley, pareciera que al primer tipo de organización sí sería posible asignarle características más de tipo cuasi-estatal, pero a la segunda no. Para ella, entendemos plenamente aplicable el razonamiento de la Corte Penal Internacional en *Katanga*, que atiende a un criterio *funcional*: la posibilidad de contar con medios y estructura suficiente para coordinar un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Como señalan Werle y Burghardt: “*Es indiscutido que los ataques por parte del Estado constituyen la regla general en materia de crímenes de lesa humanidad. Pero si a otros actores les resulta posible realizar*

106 *Ibíd.*, para. 1122.

107 International Criminal Court.

31 March 2010, Corrigendum of the Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19-Corr, Pre-Trial Chamber II. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/09-19-Corr>. Para un análisis y defensa del voto de minoría, puede verse KRESS, Claus. “On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision”. En: *Leiden Journal of International Law*, 23, Países Bajos, Cambridge University Press, 2010, págs. 855-873. En contra, WERLE, Gerhard; BURGHARTDT, Boris. “¿Requieren los crímenes de lesa humanidad de la participación de un Estado o de una organización “cuasiestatal”?. En: CÁRDENAS, Claudia; FERNÁNDEZ, Karinna (eds.). *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años: Un enfoque práctico*. Chile, LegalPublishing, 2013, págs. 303-327.

un ataque de esas características, no existe un argumento normativo convincente para no tratar tales hechos como un crimen de lesa humanidad que pone en peligro la paz mundial. Una argumentación conforme al objeto y fin podría justificar más bien la inclusión de hechos cometidos por personas individuales o por grupos que no detentan las características mínimas para ser considerados una organización. Es así que sólo el tenor literal del artículo 7(2)(a) ER sienta un límite vinculante de lex lata para las consideraciones teleológicas¹⁰⁸.

La población civil

En relación a las víctimas, tanto en el Estatuto de Roma como la Ley N° 20.357 utilizan el término “una población civil” para referirse al objeto del ataque. Una de las características centrales de este concepto es que alude a una cantidad múltiple de víctimas (el ataque no se dirige contra “civiles”, sino contra la “población”), lo que de alguna manera resalta la naturaleza colectiva del crimen y permite, una vez más, descartar como crímenes de lesa humanidad actos aislados contra personas individuales¹⁰⁹. En el caso *Tadic*, el TPIY señaló que la noción de “población”, en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad, no implicaba que *toda* la población de un determinado Estado o territorio fuera objeto del ataque; más bien se intenta destacar la naturaleza colectiva del crimen, descartando de esa forma actos dirigidos contra víctimas individuales sin conexión con otros crímenes: el énfasis está en el colectivo, la víctima individual del crimen de lesa humanidad lo es por su pertenencia a un cierto grupo de personas más que por sus atributos o características personales¹¹⁰.

La Corte Penal Internacional, de modo similar, ha señalado que la nacionalidad, etnia u otras características del grupo eran irrelevantes a la hora de calificarlas como “población”; y que no era necesario que *toda* la población de una determinada área geográfica fuera objeto del ataque¹¹¹.

Lo que ha sido objeto de mayor debate es el alcance de la expresión “civil”, en particular si cubre o no a personas participando activamente en conflictos

108 *Ibid.*, págs. 322-323.

109 CRYER *et. al.*, ob. cit., págs. 240-241.

110 ICTY, *Tadic*, ob. cit., sentencia del 7 de mayo de 1997, para 644: “(...) *Thus the emphasis is not on the individual victim but rather on the collective, the individual being victimised not because of his individual attributes but rather because of his membership of a targeted civilian population*”.

111 ICC, *Prosecutor v. Katanga*, ob. cit., para. 1102-1105; ICC, *Prosecutor v. Bemba*, ob. cit., para. 155; ICC, *Prosecutor v. Ntaganda*, ob. cit., para. 667.

armados, ya sean internacionales o internos¹¹². La Corte, en *Katanga y Bemba*, utilizaron el concepto de “civiles” del artículo 50 del Protocolo Adicional I de las Convenciones de Ginebra de 1949¹¹³, sin embargo precisando que la población debe ser *predominantemente* civil, la presencia de no-civiles (combatientes) dentro de un grupo no hace que éste deje de ser considerado “civil” para estos efectos¹¹⁴. Lo que sí es relevante es que el ataque haya estado *dirigido* contra la población civil, de manera directa y no incidental¹¹⁵. Lo anterior también es válido si la víctima individual del acto inhumano es un “no-civil”, mientras se acredite que se cometió en el contexto de un ataque contra la población civil¹¹⁶.

Conocimiento del ataque

El párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto exige que el autor haya cometido el delito “con conocimiento” del ataque global. Los Elementos agregan: “(...) *No obstante, el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole*”¹¹⁷. De modo similar, el artículo 37 de la Ley N° 20.357 requiere al autor “(...) *conocimiento de que el acto forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que responde a un plan o política de las características señaladas en el mismo numeral, sin que se requiera el conocimiento de ese plan o política, ni de los aspectos concretos del ataque distintos del acto imputado*”.

112 Vid. la discusión en CASSESE, ob. cit., págs. 101-105.

113 *Artículo 50 - Definición de personas civiles y de población civil*
 1. *Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil.*
 2. *La población civil comprende a todas las personas civiles.* 3. *La presencia entre población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil”.* Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>.

114 ICC, *Prosecutor v. Katanga*, ob. cit., para. 1105; ICC, *Prosecutor v. Bemba*, ob. cit., para. 150.

115 ICC, *Prosecutor v. Ntaganda*, ob. cit., para. 668.

116 *Ibíd.*, para. 669.

117 Elementos..., ob. cit., artículo 7, para. 2.

De este modo, tanto para el Estatuto como en nuestra ley, el *contenido* del conocimiento del ataque es genérico: no se exige saber el detalle del plan o política, ni siquiera su formulación básica, sólo que el ataque responde a *un* plan o política; tampoco se le exige conocer todos los aspectos, estrategias y características del ataque, ya sea generalizado o sistemático, mientras sepa que su delito individual sí forma parte de un ataque contra la población civil¹¹⁸. A lo anterior, la Corte Penal Internacional ha agregado que tampoco son relevantes los *motivos* del autor: no importa, para estos efectos, si el autor comparte o no la política que promueve el ataque: lo relevante es si *tenía conocimiento* de que su delito particular formaba parte del ataque global¹¹⁹.

En cuanto a la *clase* de dolo aplicable a ese conocimiento, el autor podría actuar con dolo directo o dolo eventual. En *Blaskic*, por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia declaró que era suficiente que el acusado haya voluntariamente *tomado el riesgo* de participar en un contexto de ataque¹²⁰. En *Tadic*, haciendo referencia a un caso canadiense, el Tribunal declaró que incluso bastaba la “ceguera deliberada” sobre el contexto para satisfacer este elemento subjetivo¹²¹.

IV. CONCLUSIONES

La regulación normativa de los crímenes de lesa humanidad en la legislación chilena sigue, de forma casi idéntica, el modelo del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Ello se explica por la intención de nuestro legislador de consagrar figuras típicas que fueran asimilables a aquellas definidas en el Estatuto y así, en el futuro, hechos respecto de los cuales los tribunales

118 Lo anterior es sin perjuicio que además deberán acreditarse en el caso concreto los elementos subjetivos particulares de el o los actos *inhumanos* concretos imputados.

119 ICC, *Prosecutor v. Katanga*, ob. cit., para. 1125.

120 ICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, ob. cit., para. 251: “*The accused need not have sought all the elements of the context in which his acts were perpetrated; it suffices that, through the functions he willingly accepted, he knowingly took the risk of participating in the implementation of that context*”.

121 ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, ob. cit., para. 657: “*Regarding the first aspect, the knowledge by the accused of the wider context in which his act occurs, the approach taken by the majority in R. v. Finta 169 in Canada is instructive. In that case the majority decided that “[t]he mental element required to be proven to constitute a crime against humanity is that the accused was aware of or wilfully blind to facts or circumstances which would bring his or her acts within crimes against humanity. However, it would not be necessary to establish that the accused knew that his actions were inhumane*”. En el mismo sentido, AMBOS *et. al.*, “*The Current Law...*”, ob. cit., págs. 38 y 40.

domésticos pudieran ejercer jurisdicción –por ejemplo por haber sido cometidos en territorio nacional–, no terminarían siendo conocidos por la Corte Penal Internacional fundado en que la falta de legislación nacional fuera interpretada como *incapacidad* de nuestras autoridades para investigar y juzgar los hechos en los términos del artículo 17 del Estatuto.

Al seguir este modelo cobran relevancia, para el entendimiento de la regla local, las definiciones normativas y jurisprudenciales tomadas por la Corte en la tipificación e interpretación de los crímenes de lesa humanidad. Así, los conceptos consagrados en el propio Estatuto y en los Elementos de los Crímenes ofrecen herramientas que permiten dotar de contenido a determinadas exigencias normativas de la descripción doméstica; mientras las decisiones del tribunal, y de otros tribunales internacionales, permiten enriquecer el análisis de los elementos del crimen, en particular de aquellos *contextuales*.

De esta forma, creemos se logra un mejor entendimiento de un delito que es complejo en su formulación estructural, pero que además debe ser analizado en el caso concreto teniendo en cuenta que lo que se intenta castigar son las más graves y serias violaciones a los derechos humanos de la población civil.

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

LOS ALCANCES DE LA CIRCUNSTANCIA COMISIVA DE APROVECHAMIENTO DE LA INCAPACIDAD PARA Oponerse DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD / INDEMNIDAD SEXUAL

Maurizio Sovino Meléndez¹
Sofía Huerta Castro²

I. INTRODUCCIÓN

En el último tiempo, tanto en el ámbito nacional como comparado, han aumentado las voces que ponen en duda la efectividad del Sistema de Justicia Penal para dar solución a casos que afectan la libertad/indemnidad sexual, sobre todo en aquellas situaciones que no se ajustan a la forma en que históricamente se ha entendido que se cometen estas conductas, es decir, a través del uso de violencia o intimidación de las víctimas. Asimismo, se suele poner en el centro de las investigaciones y análisis judiciales, la forma en que la persona ofendida reaccionó ante estos actos, primando visiones estereotipadas de lo que la víctima debió o no hacer ante estos hechos.

Conocido en este ámbito fue el fallo de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, España, en el caso denominado “La Manada”, en el que el tribunal concluye que existió consentimiento por parte de la víctima (aunque viciado), a pesar de dar por acreditado que la presencia de los cinco autores causó en ella “un embotamiento de sus facultades de raciocinio y desencadenaron una reacción de desconexión y disociación de la realidad, que le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera”, “se sintió impresionada y sin capacidad de reacción”, “sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera”, entre otras descripciones semejantes³. De esta forma, es posible apreciar ideas

-
- 1 Abogado de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
 - 2 Psicóloga de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
 - 3 Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, España, 20 de marzo de 2018, Sentencia N° 000038/2018. Conociendo un recurso de casación, el Tribunal Supremo Español revoca el fallo, estimando en definitiva que la víctima no consintió debido al estado de *intimidación ambiental de la víctima* (Tribunal Supremo de España, Sentencia N° 396/2019, 04 de julio de 2019).

estereotipadas sobre las formas en que una persona debería actuar ante actos de violencia sexual, los que fueron utilizados por el tribunal en sus conclusiones.

Estos sesgos no se condicen con la numerosa evidencia sobre este tema, que caracteriza la violencia sexual de una manera más compleja: cometida contra niñas, niños, adolescentes y mujeres adultas, por personas cercanas, quienes no utilizan como mecanismos la fuerza o intimidación, sino que suelen prevalerse de situaciones personales y/o contextuales que ponen a la víctima en una situación de desmedro, afectando directamente su posibilidad de autodeterminarse en este ámbito.

El ordenamiento jurídico penal chileno, en lo relativo a la criminalidad sexual contra personas mayores de 14 años, asigna las penas más graves a aquellas conductas que se cometen sin el consentimiento de la víctima. Si bien esto no se encuentra recogido de forma expresa en el Código Penal, es el sentido que cabe otorgarle a las circunstancias comisivas contenidas en el delito de violación del artículo 361 de dicho cuerpo legal, las que sirven de base tanto para esa figura como para los abusos sexuales con contacto del artículo 366.

Lo anteriormente expuesto tiene importantes consecuencias. Por un lado, los medios comisivos establecidos en la ley (fuerza, intimidación, privación de sentido, aprovechamiento de la incapacidad para oponerse, y abuso de la enajenación o trastorno mental) pueden entenderse como “indicadores de la falta de consentimiento, que la ley ha extraído de la vida común como máximas de la experiencia o presunciones, capaces de fundamentar una sentencia condenatoria únicamente mientras no se pruebe que ese consentimiento existió válidamente”⁴. Esto, en principio, facilita la persecución y sanción de este tipo de casos, sobre todo en aquellas conductas subsumibles en causales sin mayor discusión doctrinaria o jurisprudencial (por ejemplo, el acceso carnal por medio del uso de fuerza que permite doblegar de forma absoluta a la víctima).

Por otra parte, la limitación de la norma a cinco circunstancias, hace que un sinnúmero de casos queden impunes por la imposibilidad de apreciar alguna de estas causales. Este hecho lleva a debatir cuál es el contenido y límites de cada una de estas modalidades, teniendo presente los principios y limitaciones del Derecho Penal, pero también, las obligaciones contraídas por el país al momento de la suscripción de instrumentos internacionales de Derechos Humanos (como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención de Belém do Pará⁵-, y la

4 MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 2ª. ed., Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 158.

5 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), adoptada por la Organización de Estados

Convención sobre los Derechos del Niño y sus protocolos facultativos⁶), y la necesidad de dar una respuesta estatal efectiva a las víctimas de delito.

Dentro de este contexto, en los últimos años, parte importante de la doctrina penal y de la jurisprudencia, incluyendo pronunciamientos de la Corte Suprema, le ha otorgado un relevante alcance a la circunstancia comisiva de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima. Es así como se subsumen en ella numerosas conductas de no consentimiento que las interpretaciones clásicas restrictivas estimaban atípicas, como por ejemplo manifestaciones fenomenológicas propias a este tipo de delitos, como el Síndrome de acomodación al abuso sexual y el hechizo, los ataques sorpresivos, la privación parcial de sentido de la víctima, o conductas ejercidas en el ejercicio de un rol de poder o dominio respecto de la víctima, como es el caso de personas vinculadas al área de la salud o autoridades religiosas.

Debido a lo anterior, resulta necesario realizar un análisis de esta causal, a través del desarrollo de su contenido y sus posibles límites, de manera de favorecer una aplicación ajustada a la caracterización y la forma en que se manifiestan los delitos precitados.

II. CONSAGRACIÓN NORMATIVA DEL APROVECHAMIENTO DE LA INCAPACIDAD PARA Oponerse DE LA VÍCTIMA

1. La incapacidad para oponer resistencia

El texto original del artículo 361 del Código Penal prescribía que cometía violación quien yacía con una mujer (acceso carnal de un hombre a una mujer

Americanos, 9 de junio de 1994, promulgada mediante Decreto N° 1.640 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 23 de septiembre de 1998. Diario Oficial del 11 de noviembre de 1998. Este instrumento hace referencia expresa a la violencia sexual como una de las formas de violencia contra las mujeres, incluyendo, entre otras manifestaciones, la violación, el abuso sexual, la prostitución forzada y el acoso sexual (artículo 2°). Por su parte, establece la obligación para los Estados Parte de sancionar y erradicar dicha violencia, por los medios apropiados y sin dilaciones (artículo 7°).

6 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, promulgada mediante Decreto N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 14 de agosto de 1990. Diario Oficial del 27 de septiembre de 1990. En sus artículos 19. 1. y 34, prescribe que los Estados deberán adoptar todas las medidas apropiadas para proteger a niños, niñas y adolescentes contra toda forma de explotación y abuso sexual. Este instrumento cuenta con tres protocolos facultativos, de los cuales el segundo hace referencia a la explotación sexual de estas personas.

por vía vaginal) usando fuerza o intimidación (n° 1), cuando ella se hallaba privada de razón o de sentido por cualquier causa (n° 2), o cuando la víctima era menor de doce años de edad (n° 3).

Respecto a la *fuerza*, históricamente se entendía como el uso de violencia física en el cuerpo de la mujer para lograr el acto sexual, venciendo la resistencia que ésta debía ejercer; por *intimidación*, una amenaza de un mal próximo, grave, inmediato, con que se logra ejecutar la conducta sexual contra la voluntad de la víctima; por *privación de razón*, el padecimiento de una enfermedad mental que privara a la persona de capacidad de juicio respecto a sus actos o su naturaleza; y por *privación de sentido*, a la anulación transitoria o permanente del estado de consciencia en que la víctima se encuentra imposibilitada para recibir las impresiones provenientes del mundo externo⁷.

Debido a lo anterior, quedaba fuera de estas hipótesis, cualquier otra situación fáctica que impidiera a la víctima evitar u oponerse a una conducta del sujeto activo no consentida. Esta limitación llevó a dar una interpretación laxa a algunas de las modalidades comisivas, con el objeto de subsumir casos graves de incapacidad física en los que es posible apreciar claramente la ausencia de consentimiento por parte de la persona ofendida⁸.

La redacción del código punitivo se mantuvo sin variaciones sustanciales por más de un siglo⁹, hasta la reforma integral de estos delitos en el año 1999, contenida en la Ley N° 19.617¹⁰.

7 A este respecto puede consultarse ETCHEBERRY, Alfredo. *El Derecho Penal en la Jurisprudencia. 1875-1966. Tomo III. Parte Especial*. 2ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1987, págs. 195 y sgtes.; GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Tomo III. Parte Especial*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998, págs. 288 y sgtes.; y LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*. 7ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2000, págs. 138 y 139.

8 Entre otras/os, Garrido señalaba expresamente que podía apreciarse uso de fuerza por parte del sujeto activo incluso en casos en que la mujer se encontrara incapacitada para oponerse por causas ajenas -amarrada previamente por una tercera persona, aprisionada entre escombros o si ha sufrido una parálisis total- (GARRIDO, *Derecho Penal. Tomo III. Parte Especial*, ob. cit., p. 288).

9 Cabe hacer presente que mediante la Ley N° 17.727, publicada el 27 de septiembre de 1972, se crea en el artículo 365 el delito de violación sodomítica, figura paralela con la misma pena, aplicable ante casos de víctimas hombres. A su vez, en el año 1979 se aumenta la penalidad a la violación y violación sodomítica de personas menores de 12 años (Decreto Ley N° 2.967, publicado el 11 de diciembre de 1979).

10 Chile, Ley N° 19.617, modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación. Diario Oficial del 12 de julio de 1999.

Luego de una larga discusión parlamentaria (que se desarrolló durante casi seis años), las/os parlamentarias/os reemplazan el texto del artículo, creando un nuevo delito de violación: se modifican los verbos rectores (de “yacer” a “acceder carnalmente”); se explicitan las vías de comisión (acceso vaginal, anal o bucal); se igualan los sujetos pasivos (mujeres y hombres); y se modifica parte de sus circunstancias comisivas, manteniendo del texto primigenio el uso de fuerza, intimidación y la privación de sentido, y añadiendo el aprovechamiento de la incapacidad de la víctima para oponer resistencia (n° 2, segunda parte) y el abuso de la enajenación o trastorno mental de la víctima (n° 3).

Respecto a la incapacidad para oponer resistencia, sus primeras formulaciones durante la tramitación del proyecto, incluidas en el Mensaje Presidencial y las acordadas durante el Primer Trámite Constitucional ante la Cámara de Diputados, se referían a una situación o causa que impidiera a la víctima resistir, distintas a la privación de sentido¹¹. Por su parte, durante el Segundo Trámite Constitucional ante el Senado, estas circunstancias se refundieron en una sola (abuso de una situación de incapacidad corporal o mental para oponer resistencia), dado que la Comisión de Constitución entendía que la privación de sentido era un tipo específico de incapacidad de resistencia mental¹². Por último, la Comisión Mixta decide volver a diferenciar las causales, estimando que no debía exigirse prevalimiento por parte del autor en el caso de la privación de sentido, al ser “una incapacidad absoluta de resistencia”, mientras que en “otro tipo de incapacidad para resistir, sea física o mental”, debe existir un abuso de esa condición¹³. De esta forma, se separan las tres hipótesis, exigiendo en definitiva abuso o aprovechamiento sólo en los casos de incapacidad para oponer resistencia y enajenación o trastorno mental de la víctima.

A pesar de la referencia de las/os integrantes de la Comisión Mixta respecto a la extensión de la incapacidad, la doctrina y jurisprudencia, de forma casi unánime, restringió el nuevo n° 2 segunda parte sólo a los casos de prevalimiento de una incapacidad física, dando contenido a la norma situaciones de víctimas que se encontraran atadas pero conscientes, en condición tetrapléjica u otros

11 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 19.617. Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación* [en línea]. Valparaíso, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, 1999, págs. 11 y sgtes. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3848/1/HL19617.pdf> [fecha de consulta: 06 noviembre 2019].

12 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 19.617*, p. 253.

13 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 19.617*, p. 640.

hechos asimilables¹⁴. Es así como cualquier otra inhabilidad que tampoco pudiera encuadrarse en una privación de sentido o enajenación, ya sea por su naturaleza o por su menor entidad, o en algunas de las hipótesis del estupro del artículo 363, resultaba impune.

Pocas/os autoras/es estuvieron por una interpretación amplia de esta causal, entre los que se cuenta Garrido, quien entendía que la incapacidad de resistir podía tener cualquier causa -psíquica o física- y ser de cualquier naturaleza, siendo su nota característica la existencia de una situación personal de la víctima que la haya dejado en una imposibilidad de expresar o manifestar su oposición a la conducta sexual¹⁵. Por su parte, Cox indica que la hipótesis es extremadamente amplia, sin que se encuentren establecidas limitantes a las causas de esta incapacidad¹⁶. Por último Aguilar también hace una referencia a la posibilidad de apreciar impedimentos psíquicos o circunstancias fácticas que imposibiliten a la víctima para rechazar el acto sexual¹⁷.

2. La incapacidad para oponerse

En el contexto de la tramitación de la denominada *Ley de Femicidio*¹⁸, que buscaba modificar distintos cuerpos legales con el objeto de mejorar la persecución y sanción penal ante hechos graves de violencia de género contra las mujeres, principalmente cometidos en el ámbito intrafamiliar, las limitaciones y exigencias interpretativas de esta circunstancia comisiva, llevaron a discutir su reformulación.

En concreto, durante la tramitación de la iniciativa en la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados (Primer Trámite Constitucional), el Ejecutivo, representado por el Servicio Nacional de la Mujer, presentó una indicación

14 Entre otras/os, comparten esta opinión MALDONADO, Francisco. “Delitos contra la libertad sexual. Tratamiento de la nueva regulación de los delitos sexuales”. En: *Problemas Actuales del Derecho Penal*. Temuco, Chile, Universidad Católica de Temuco, 2003, [págs. 225-266], p. 250; POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, págs. 258 y 259; y RODRÍGUEZ, Luis. *Delitos Sexuales*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2000, p. 155.

15 GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Tomo III. Parte Especial*. 4ª. ed. actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2010, págs. 285 y 286.

16 COX, Juan Pablo. *Los Abusos Sexuales*. Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2003, p. 158.

17 AGUILAR, Cristián. *Delitos Sexuales. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2008, p. 39.

18 Chile, Ley N° 20.480, modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el femicidio, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio. Diario Oficial del 18 de diciembre de 2010.

para reemplazar la frase *para oponer resistencia* por la expresión *para oponerse*, eliminando así las exigencias de resistencia física por parte de la víctima ante un ataque sexual¹⁹. En el debate ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (Segundo Trámite Constitucional), se acordó la necesidad de la reforma, indicando la representante del Ministerio de Justicia que la redacción del delito de violación exige a la víctima la oposición de algún grado de resistencia, “en circunstancias que debería bastar, como hecho inculpatario, la acreditación del aprovechamiento que hace el sujeto activo de la incapacidad en que se encontraba la víctima, sea en forma momentánea o no, de oponerse”²⁰.

Este cambio normativo lleva a que se estime que la actual redacción permite subsumir un sinnúmero de casos que anulen o impidan que la víctima pueda prestar su voluntad de forma libre, incluyendo situaciones de incapacidad tanto de orden físico, como psíquico o psicológico²¹. En este orden de cosas, Oxman define esta modalidad como el “aprovechamiento por parte del sujeto activo de condiciones físicas o psíquicas que disminuyen la concreta posibilidad de autodeterminación del sujeto pasivo en la esfera sexual”, convirtiéndose más bien en una hipótesis de restricción o limitación del consentimiento en el ámbito sexual, valorativamente equiparable al uso de fuerza o intimidación en contra de otra persona²².

Sólo una parte reducida de la doctrina está por una interpretación restrictiva, destacándose la postura de Rodríguez, quien mantiene inalterada su opinión respecto a la circunstancia comisiva. Para el autor, la modalidad sigue sólo

-
- 19 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 20.480. Modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el femicidio, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio* [en línea]. Valparaíso, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, 2010, p. 80. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4620/> [fecha de consulta: 06 noviembre 2019].
- 20 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 20.480*, p. 238. Intervención de la Jefa del Departamento de Reformas Legales del Ministerio de Justicia.
- 21 AGUILAR, Cristián. *Delitos Sexuales. Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2012, p. 37; MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 162; y SANTIBÁÑEZ, María Elena. “Delimitación de la modalidad típica de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse en el delito de violación”. En: *Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 15. Delitos Sexuales*. Año 4, N° 15, Universidad de Los Andes, Santiago, Chile, Legalpublishing, Thomson Reuters, 2013, [págs. 43-59], p. 55.
- 22 OXMAN, Nicolás. “La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales” [en línea]. En: *Política Criminal*, Vol. 10, N° 19, Art. 4, Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca, 2015, [págs. 92-118], págs. 95 y 105.

incluyendo casos de impedimentos físicos que inhabiliten a la víctima para oponerse a una conducta del sujeto activo que vaya en contra de su voluntad, “no teniendo nada que ver la aptitud psíquica para consentir”²³.

Cabe hacer presente que, al igual que en el caso de la incapacidad para oponer resistencia, siempre se requiere que el sujeto activo conozca y se aproveche de la inhabilidad objetiva de la víctima para rechazar el acto sexual, sin que sea necesario que éste la haya creado o colaborado en su mantención. Para esto deben tomarse en consideración las circunstancias concretas de cada caso, afirmando de este modo que el sujeto debió haberse representado ejecutar el acto, siéndole indiferente la presencia o ausencia del consentimiento de la otra persona²⁴.

III. CASOS DE APLICACIÓN. LÍMITES CON OTRAS CIRCUNSTANCIAS COMISIVAS

En base a lo propuesto por la doctrina mayoritaria, es posible afirmar que la circunstancia del aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima tiene un amplio ámbito de aplicación, siendo posible subsumir en ella toda situación fáctica que cause en la víctima una imposibilidad o limitación grave, física y/o psíquica, de autodeterminarse en el ámbito sexual, y que no configure otra de las modalidades establecidas en la norma.

La gravedad exigida apunta a la interpretación sistémica de la disposición, dado que debe asimilarse normativamente a los casos establecidos en los numerales 1, 2 primera parte y 3 del artículo 361. Asimismo, esta situación debe causar objetivamente la anulación o limitación de la libertad de la persona. Esta es la nota característica que distingue estas hipótesis de las consagradas en el delito de estupro de personas adolescentes (entre 14 a 17 años), prescrito en el artículo 363, en las que es posible subsumir casos en los que el sujeto activo se prevale de una situación que no impide que la víctima otorgue su consentimiento para el acto sexual, pero debido a su capacidad disminuida de autodeterminación, éste no es válido (consentimiento viciado)²⁵.

23 RODRÍGUEZ, Luis. *Delitos Sexuales*. 2ª. ed. actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2016, p. 202. Cabe hacer presente que el autor está por una interpretación subjetiva de la *intimidación*, lo que permitiría subsumir algunas situaciones de incapacidad psíquica en dicha hipótesis (véase Infra III, 4.).

24 OXMAN, ob. cit., p. 105.

25 Una parte de las críticas que surgen ante la posibilidad de otorgar más contenido a la circunstancia del artículo 361 N° 2 segunda parte, apunta a que el legislador sólo ha brindado protección adicional a las personas adolescentes, a través de las hipótesis consagradas en el artículo 363, en especial el abuso de una relación de dependencia o del

Esta paulatina apertura doctrinaria a incluir nuevas inhabilidades diversas a las clásicas de orden físico (discapacidad física, estar amarrada/o, etc.), ha traído también un correlato en los pronunciamientos de los tribunales del país.

Un hito fundamental en este lento pero manifiesto avance, ha sido el reconocimiento expreso por parte de la Corte Suprema de la extensión de la norma, indicando que si bien la ley no establece límites objetivos, es posible concebir que “su límite superior se encuentra en la incapacidad para oponer resistencia física, y en su base los casos en que la víctima ha expresado la voluntad contraria al acto sexual, pero por alguna razón fáctica no puede asentir o negar, ni tampoco oponerse”²⁶.

Teniendo en consideración lo expuesto anteriormente, se analizarán algunas de las situaciones fácticas que encontrarían cabida en la norma, en el entendido que son numerosas las causas por las que una persona puede estar impedida de prestar su consentimiento y, por tanto, no estar en condiciones de oponerse a una conducta sexual no querida ni deseada.

1. Ataques sorpresivos

Entre los casos posibles de ser incluidos en este análisis, están las conductas sexuales cometidas por sorpresa, que impiden a la víctima cualquier oposición física al ataque, debido a lo inesperada y furtiva de la acción. La falta de consentimiento respecto al acto es evidente.

La doctrina incluye entre estos ataques sorpresivos, las conductas ejecutadas en la vía y transporte público, y las cometidas por personas vinculadas al área de la salud (enfermeras/os, matronas/es, doctoras/es, tecnólogas/os médicos/as, entre otras/os)²⁷. Como se revisará más adelante, la falta de distinción entre

grave desamparo en que se encuentra la víctima. Esta afirmación tiene su origen en una premisa errada, dado que para la calificación de los hechos debe atenderse, en primer lugar, a la existencia o no de consentimiento por parte de la persona ofendida, y no a las descripciones típicas (en este sentido, AGUILAR, *Delitos Sexuales. Tráfico ilícito de migrantes*, ob. cit., p. 73; MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 168; RODRÍGUEZ, *Delitos Sexuales*. 2ª. ed. actualizada, ob. cit., p. 221; y SANTIBÁÑEZ, ob. cit., p. 56). De esta forma, una persona que se aprovecha de uno de los vínculos descritos en el artículo 363 N° 2, por ejemplo estar encargado de la educación de la víctima, puede cometer violación o estupro, según el efecto que este prevalimiento cause en el sujeto pasivo (no consentimiento o consentimiento viciado).

26 Corte Suprema, 11 de octubre de 2018, Rol N° 16.676-2018, considerando quinto.

27 MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., págs. 162 y 173; OXMAN, ob. cit., págs. 96 y 102 y SANTIBÁÑEZ, ob. cit., p. 55.

estos casos es discutible, debido a su diversa naturaleza y la complejidad del contexto en el cual se ejecutan.

A nivel jurisprudencial, son pocos los pronunciamientos que versan sobre este tema. A modo ejemplar, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, sancionó a un hombre que, a través de un acto intempestivo, efectuó tocaciones en los glúteos, piernas y genitales de una mujer adulta en un lugar público. En el fallo se indicó que se llevó a cabo un contacto sexual no consentido “al cual la afectada no pudo oponer resistencia debido lo sorpresivo de la acción del acusado, al hecho de tener ambas manos ocupadas (...) por el modo en que se aproximó el hechor, pues este lo hizo de forma subrepticia, de modo que la víctima no alcanzó a reaccionar [sic]”²⁸.

Por su parte, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete condenó a un hombre que de forma sorpresiva besó en la espalda y efectuó tocaciones en los glúteos de la víctima, aprovechándose de la situación vulnerable en que se encontraba (acostada y de espaldas al hechor). En el fallo se indicó que “la reforma introducida al artículo 361 N° 2 por la Ley N° 20.480, la cual eliminó la expresión “oponer resistencia” por “oponerse”, viene en confirmar como elemento esencial de la violación (y por lo tanto del abuso sexual de mayor de catorce años) la falta de consentimiento de la víctima, permitiendo además una interpretación amplia respecto de dicha hipótesis, al incluir situaciones, como los casos de violaciones o abusos sexuales realizados de manera sorpresiva”²⁹. La Corte de Apelaciones de Concepción reafirma lo indicado por el Tribunal, añadiendo que incluso desde un punto de vista semántico, sorprender quiere decir “coger desprevenido”, por lo que “la señalada descripción encuadra a plenitud con la modalidad prevista en la segunda parte del numeral 2° del artículo 361 del Código Penal”³⁰.

Un nuevo desafío interpretativo está dado por la figura de abuso sexual con contacto de persona mayor de 14 años empleando sorpresa u otra maniobra que no suponga consentimiento de la víctima, incorporada por la Ley N° 21.153, sobre acoso sexual en espacios públicos³¹, y cuya pena es presidio menor en su grado mínimo a medio; sanción considerablemente

28 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, 17 de agosto de 2018, RUC N° 1700643662-5, RIT N° 209-2018, considerando quinto.

29 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, 7 de noviembre de 2014, RUC N° 1101284863-5, RIT N° 54-2014, considerando decimotercero.

30 Corte de Apelaciones de Concepción, 19 de diciembre de 2014, Rol N° 743-2014, considerando sexto.

31 Chile, Ley N° 21.153, modifica el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos. Diario Oficial del 03 de mayo de 2019.

inferior a la asignada al caso de concurrir incapacidad para oponerse (presidio menor en su grado máximo).

Según lo consignado en la discusión parlamentaria, el problema que hizo necesaria esta modificación legal era la impunidad de algunas conductas de significación sexual (tocaciones) contra mujeres, llevadas a cabo sorpresivamente en lugares de alta afluencia de público como medios de transporte, calles y eventos masivos. Lamentablemente es posible apreciar en el debate una confusión respecto a las razones de esta exención. A este respecto, algunas/os parlamentarias/os e invitadas/os a la discusión (principalmente docentes y representantes de organizaciones no gubernamentales) acertadamente hicieron presente una eventual falta de relevancia de estas acciones, en referencia a los requisitos típicos del delito de abuso sexual consagrados en el artículo 366 ter, y un desconocimiento por parte del sistema de justicia de los alcances de la circunstancia comisiva de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima³². Por su parte, otras/os estimaron que las conductas sorpresivas no se encontraban sancionadas en el Código Penal, por lo que era necesario “resolver un vacío normativo en la materia”³³.

Teniendo en consideración lo anterior, y para dar una solución interpretativa armónica, se puede distinguir entre los siguientes casos³⁴:

- a. *Conductas cometidas de forma intempestiva o furtiva*. Corresponde a acciones súbitas en las que el sujeto activo sólo utiliza la sorpresa o un mecanismo similar como circunstancia comisiva, por ejemplo una tocación genital en el transporte público. Estos casos corresponden a las hipótesis reguladas por la nueva figura según la discusión legislativa (sancionar conductas cometidas en lugares públicos o de libre acceso público, relacionados con el fenómeno del acoso callejero) y, por tanto, deben entenderse subsumidos en el artículo 366 inciso final, siendo sancionados con una menor penalidad.

32 María Elena Santibáñez, invitada a la discusión parlamentaria, indicó que el actuar sorpresivo o utilizando otras maniobras que no supongan consentimiento de la víctima ya se encuentran comprendidas en el aprovechamiento de la incapacidad de la víctima para oponerse, por lo que la propuesta podría ir en desmedro de la aplicación de los tipos penales de mayor gravedad (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 21.153, Modifica el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos* [en línea]. Valparaíso, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, 2019, págs. 41 y 106. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/7660/> [fecha de consulta: 06 noviembre 2019]).

33 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 21.153*, ob. cit., p. 118.

34 Una distinción similar en MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 173, quienes incluyen los segundos casos en aprovechamiento de una relación de confianza.

- b. *Conductas cometidas de forma intempestiva o furtiva, aprovechándose de una situación de vulnerabilidad de la víctima.* Son situaciones en que si bien el sujeto activo ejecuta la conducta de forma sorpresiva, lo relevante es el abuso de circunstancias contextuales o personales de la víctima, que traen consigo la imposibilidad de repeler el ataque. En este segundo grupo se encuentran los actos intempestivos ejecutados en el ámbito de salud, de la educación, por personas vinculadas al acompañamiento espiritual de las víctimas, u otros contextos similares³⁵. Estos casos, constitutivos de violación o abuso sexual con contacto³⁶, deben ser reconducidos a la circunstancia comisiva del N° 2 del artículo 361 del Código Penal.

2. Privación parcial de sentido³⁷

Las circunstancias de incapacidad para oponerse y privación de sentido guardarían una relación de género-especie, siendo la segunda el caso más evidente de inhabilitación para autodeterminarse en la esfera de lo sexual. Esta vinculación fue relevada durante la tramitación de la Ley N° 19.617, en la que se estimó que la privación de sentido era una especie de incapacidad de tipo mental o psíquico, sólo diferenciada del resto de hipótesis por ser absoluta, es decir, por siempre configurarse, no requiriendo aprovechamiento por parte del sujeto activo³⁸.

Debido a esta íntima relación, es que resulta necesario determinar en qué situaciones se estará ante una privación de sentido y cuáles pueden ser sancionadas a título de imposibilidad de oponerse. No son objeto de debate aquellos casos dados por la literatura de evidente ausencia total de conciencia (por ejemplo personas en coma), sino aquellos en que la persona que sufre un ataque contra su libertad/indemnidad sexual, presenta una privación parcial de sentido o disminución de su capacidad de juicio.

35 Véase *Infra* III, 5.

36 Además de la limitación de texto al encontrarse prescrito sólo para el delito de abuso sexual con contacto de persona mayor de 14 años (artículo 366 inc. final), se descarta la posibilidad de cometer de forma meramente sorpresiva una conducta constitutiva de violación, debido a que siempre el sujeto activo se va a prevaler de circunstancias contextuales que impiden a la víctima oponerse (por ejemplo, encontrarse desnuda por estar siendo sometida a un examen médico).

37 Sobre este punto, puede consultarse un completo análisis en OXMAN, ob. cit., págs. 104 y sgtes., quien además efectúa una crítica sobre el estándar probatorio en casos de consumo de drogas y alcohol.

38 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 19.617*, ob. cit., págs. 253 y 640. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ, *Delitos Sexuales*. 2ª. ed. actualizada, ob. cit., p. 200; y SANTIBÁÑEZ, ob. cit., págs. 50 y 51.

Para esta determinación, cabe descartar el origen de este estado como factor a considerar (sueño, hipnosis, uso de medicamentos, consumo de alcohol o drogas, entre otros), puesto que lo relevante son las consecuencias que causa en la víctima. De esta forma, se encontrará *privada de sentido* aquella persona que, sin importar la causa, haya perdido la comprensión de la realidad y su facultad de decisión respecto a la realización de una conducta sexual, habiéndose suprimido o anulado totalmente su conciencia. En cambio, si la intensidad de la afectación es menor, pero la víctima igualmente ve inhibidas o disminuidas de forma significativa sus facultades cognitivas y volitivas, estaría *incapacitada para oponerse*.

Esta interpretación no es pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia. En el sentido expuesto, Oxman señala que “los límites entre ambas [circunstancias comisivas] están dados por la valoración típica de los casos que se encuentran en la frontera que separa a la anulación total de la conciencia de la disminución significativa de la misma”³⁹. Por su parte Garrido, si bien no se pronuncia expresamente al respecto, en su análisis de la redacción anterior de la norma indica que “una persona puede no estar privada de sentido, pero impedida de expresar su voluntad de rechazo”, por lo que daría cabida a los casos revisados⁴⁰. Rodríguez, si bien comparte lo expuesto respecto al contenido de la privación de sentido, sólo da cabida a impedimentos físicos en la hipótesis de incapacidad para oponerse, por lo que en principio los casos de disminución significativa de conciencia serían atípicos⁴¹. Por último, Matus y Ramírez indican que en la privación de sentido es posible comprender los casos de absoluta inconsciencia y los de pérdida o inhibición de facultades. En cuanto a la causal de incapacidad para oponerse, la limitan a las situaciones en que el sujeto activo suministra drogas que causan desinhibición sexual de las víctimas⁴².

39 OXMAN, ob. cit., p. 104. En este mismo sentido, un fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles condena a dos hombres por la violación de una mujer, resultando “prevalente para el establecimiento del tipo penal concurrente, la ingesta excesiva de alcohol, los efectos que ello provocó en la víctima y cómo tal circunstancia fue aprovechada por los acusados para accederla carnalmente” (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles, 29 de abril de 2019, RUC N° 1700720849-9, RIT N° 18-2019, considerando decimoséptimo). Asimismo, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas y la Corte de Apelaciones de esa ciudad estiman procedente la circunstancia de incapacidad para oponerse, en el caso de un hombre que accede carnalmente a una adolescente aprovechando que la víctima se encontraba bajo los efectos del alcohol (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, 31 de marzo de 2015, RUC N° 1400960845-2, RIT N° 8-2015 y Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 20 de mayo de 2015, Rol N° 36-2015).

40 GARRIDO, *Derecho Penal. Tomo III. Parte Especial*. 4ª. ed. actualizada, ob. cit., p. 285.

41 RODRÍGUEZ, *Delitos Sexuales*. 2ª. ed. actualizada, ob. cit., p. 200.

42 MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 162.

3. Fenómenos psicopatológicos no constitutivos de enajenación o trastorno mental

Otros de los casos en que se puede discutir la concurrencia de la circunstancia de incapacidad para oponerse, corresponde a personas que acceden carnalmente o realizan otro acto de significación sexual y de relevancia, de los definidos en el artículo 366 ter, en contra de una víctima, abusando de alguna psicopatología que ésta padece.

En estas situaciones podrían concurrir tres disposiciones distintas: la modalidad comisiva prescrita en el N° 3 del artículo 361, *enajenación o trastorno mental*; la consignada en el artículo 363 N° 1, referente al delito de estupro, que habla de una *anomalía o perturbación mental*; y, eventualmente, la del N° 2 del artículo 361, dado que, al igual que en el caso de la privación de sentido, correspondería a una forma de *incapacidad para oponerse*, esta vez basada en la psicopatología de la persona ofendida, que impide su autodeterminación en el ámbito sexual.

Respecto al abuso de una enajenación o trastorno mental, la redacción de la norma surge durante la tramitación de la Ley N° 19.617, en la que se toma la decisión de cambiar la antigua referencia a *privación de razón* por *enajenación*, para ampliar su sentido, debido a que la primera expresión se entendía únicamente como *enfermedad mental*, mientras que la segunda comprendería un “estado de inimputabilidad en que se encuentra una persona, substancialmente, pero no necesariamente, a raíz de una enfermedad mental”⁴³. Asimismo, se decidió añadir *trastorno*, con el objeto de cubrir “otras situaciones de perturbación de la capacidad de autodeterminación sexual”⁴⁴. Por su parte, se limita esta circunstancia a los casos en que el autor se aproveche de la condición o estado de la víctima, puesto que en otro sentido se impediría el ejercicio de la libertad sexual a estas personas, tal como ocurría previamente a la reforma⁴⁵.

43 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 19.617*, ob. cit., p. 119.

44 El Ministerio de Justicia indicó que en *trastorno mental* debían subsumirse también “los casos de embriaguez etílica, el efecto de estupefacientes, enfermedad u otras causas similares, idóneas para hacer perder a la persona el dominio de sus actos y hacerla ajena a sí misma, sea en forma transitoria o sostenida en el tiempo” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 19.617*, ob. cit., p. 253). Otra opinión en RODRÍGUEZ, *Delitos Sexuales*. 2ª. ed. actualizada, ob. cit., p. 202, quien indica que no existe diferencia semántica entre ambos términos y, además, cualquier intento de diferenciarlos no tiene trascendencia.

45 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 19.617*, ob. cit., p. 29.

Cabe señalar que los conceptos *enajenación* y *trastorno mental* utilizados por la ley, resultan equívocos, al ser meros conceptos jurídicos sin asidero o respaldo en psiquiatría o psicología. Respecto a la enajenación mental, los dos sistemas clasificatorios de los trastornos mentales de reconocimiento a nivel mundial, el *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* (DSM V), editado por la Asociación Estadounidense de Psiquiatría, y la *Clasificación Internacional de Enfermedades* (CIE 10), editado por la Organización Mundial de la Salud, no la contemplan como patología. Por otra parte, el trastorno mental es entendido como “un patrón de comportamiento de significación clínica que aparece asociado a un malestar emocional o físico de la persona, a una discapacidad, al deterioro en el funcionamiento cotidiano, a la pérdida de libertad o incluso a un riesgo significativamente aumentado de implicarse en conductas contraproducentes o de morir prematuramente”⁴⁶. De esta forma, la diversidad de trastornos mentales es muy amplia e incluye una gran cantidad de psicopatologías de distinta naturaleza, gravedad y etiología.

Una vez hecha esta aclaración, y dada la ubicación de esta hipótesis, cabe entender que se está ante la presencia de casos de grave deterioro de la evaluación de la realidad por parte del sujeto pasivo, lo que le impide entender el significado del acto sexual, y de su facultad volitiva, sin que le resulte posible otorgar su consentimiento. Es por esto que, al igual que en la privación de sentido, más que la naturaleza o permanencia de la psicopatología, lo relevante para la norma es el efecto que ésta causa en la persona. Se está acá, por ejemplo, ante casos en que la víctima se encuentra cursando un trastorno psicótico en su fase aguda, o en casos de discapacidad cognitiva profunda.

Por su parte, la disposición del artículo 363 N° 1, también creada por la Ley N° 19.617, apunta a sancionar el abuso de adolescentes que padezcan “una anomalía o perturbación mental no constitutiva de incapacidad de autodeterminación, es decir, un supuesto menos grave que la circunstancia correlativa del delito de violación”⁴⁷. Se hace presente que nuevamente se está ante conceptos jurídicos, que no se condicen con la psiquiatría y psicología. Debido a esto, lo relevante acá es el prevalimiento por parte del sujeto activo

46 ECHEBURÚA, Enrique; SALABERRÍA, Karnele y CRUZ-SÁEZ, Marisol. “Aportaciones y Limitaciones del DSM-5 desde la Psicología Clínica” [en línea]. En: *Terapia psicológica*, volumen 32, N° 1, Santiago, Chile, Sociedad Chilena de Psicología Clínica, 2014, [págs. 65-74], p. 66. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-48082014000100007 [fecha de consulta: 02 enero 2020].

47 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 19.617*, ob. cit., págs. 257 y 375.

de una patología, permanente o transitoria⁴⁸, que no impide que la víctima otorgue su consentimiento para el acto sexual, pero debido a su capacidad disminuida de autodeterminación, éste no es válido. Acá se requiere acreditar que, en el caso concreto, la perturbación causa dicha limitación, sin que sea posible afirmar que la sola presencia de una determinada patología provoca en una persona este efecto.

La existencia de las referidas normas vuelve compleja la aplicación de la hipótesis comisiva del aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima en estos casos. En general las/os autoras/es refieren que los casos que no pueden ser encuadrados en estos numerales, son atípicos, existiendo una laguna de punibilidad para los casos de limitaciones significativas, pero no absolutas, de las facultades cognitivas y volitivas de personas adultas⁴⁹.

Una solución posible, sin la necesidad de *lege ferenda*, es estimar que las limitaciones cognitivas y volitivas de la persona afectada surgidas de una psicopatología determinada, son el factor principal, pero no único, de su incapacidad para oponerse a un acto sexual no deseado. De esta manera, si bien de forma aislada estos casos no serían punibles, se hace necesario apreciar las circunstancias personales de la víctima y el contexto en el que ocurrieron los hechos, con el objeto de determinar si es posible fundar la concurrencia de la circunstancia del artículo 361 N° 2 segunda parte, por el aprovechamiento por parte del sujeto activo de una grave situación de vulnerabilidad de la víctima⁵⁰.

48 Respecto a este punto, Rodríguez señala que toda patología es permanente, sólo variando su intensidad. De esta forma, con la referencia de la norma a anomalías o perturbaciones mentales transitorias, debe entenderse a las alteraciones provocadas por una agudización de un cuadro patológico más o menos permanente (RODRÍGUEZ, *Delitos Sexuales*. 2ª. ed. actualizada, ob. cit., p. 224). En contra, Aguilar hace hincapié en la existencia de afecciones menores que sí admiten sanación, como la depresión (AGUILAR, *Delitos Sexuales. Tráfico ilícito de migrantes*, ob. cit., p. 73).

49 MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., págs. 168 y 169; OXMAN, ob. cit., p. 111; y SANTIBÁÑEZ, ob. cit., p. 52.

50 OXMAN, ob. cit., p. 111, reconociendo la ausencia de una línea jurisprudencial clara al respecto, presenta esta solución como una de posibilidades recogidas por los tribunales para salvar el vacío legislativo. A modo ejemplar, cabe destacar un fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, que aplica la causal en el caso de un hombre que se aprovecha de su hijo mayor de edad, quien presenta una condición congénita que conlleva una discapacidad cognitiva moderada, por la que resulta difícil para él “percibir lo que está pasando”, y sin que esté en condiciones de consentir en un acto sexual. Así “la condición de salud e intelectual (...) se valora para afirmar que se encontraba en una situación de incapacidad para oponerse al actuar abusivo de su padre, pues carece de los recursos suficientes para oponerse a sus requerimientos a quien veía como una persona idealizada, comprendiendo solo lo incorrecto de este actuar a partir de un largo proceso de intervención psicológica” (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, 26 de octubre de 2017, RUC N° 1400063796-4, RIT N° 132-2017, considerando undécimo).

4. Inmovilidad tónica

Históricamente se ha considerado que la reacción *normal* de una persona ante una conducta sexual no deseada, es resistir físicamente el ataque. De esta forma, si la víctima no lleva a cabo todos los actos de defensa que puede realizar en ese momento (resistencia heroica), se da a entender que prestó su consentimiento. Por supuesto esta conceptualización tiene su fundamento en mandatos, roles y estereotipos de género, que en este ámbito afectan a las mujeres, puesto que se considera como conductas esperadas de ellas, evitar a toda costa un menoscabo a su honra y decencia⁵¹.

En el caso del Derecho Penal, tanto en la doctrina clásica como en las/os operadoras/es del Sistema de Justicia, este requisito fue incorporado en la circunstancia comisiva de uso de fuerza, ya que la violencia ejercida por el sujeto activo debía estar destinada precisamente a vencer la resistencia por parte de la mujer⁵². Cabe indicar que, en el caso chileno, esta situación ha ido cambiando paulatinamente en las últimas décadas, en parte debido a la eliminación de la voz *resistencia* del artículo 361 en el año 2010⁵³.

Ahora bien, a pesar de este desarrollo, aún resulta muy cuestionado en el ámbito penal el hecho de que una víctima, ante cualquier tipo de aproximación de índole sexual no deseada, *nada haga*. Esto no obstante diversos estudios son contestes en señalar que un gran número de personas se paralizan ante esa situación⁵⁴.

51 Un desarrollo respecto a cómo el comportamiento sexual es definido culturalmente en GUZMÁN, Karen. “El consentimiento de la víctima en los delitos contra la libertad sexual”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*. Santiago, Chile, Ministerio Público, 2015, [págs. 151-174], págs. 157 y sgtes. Asimismo, puede revisarse una revisión de los mandatos, roles y estereotipos de género en SEPÚLVEDA, Ivonne y SOVINO, Maurizio. “Violencia de género e investigación penal: deberes y desafíos para el Ministerio Público”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 69, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2017, [págs. 125-171], págs. 130 y sgtes.

52 En el caso nacional, esta afirmación era compartida por la gran mayoría de la doctrina y jurisprudencia. Por todas/os, GARRIDO, *Derecho Penal. Tomo III. Parte Especial*. 4ª. ed. actualizada, ob. cit., p. 281.

53 Supra II, 2. En la doctrina, contrarias/os a exigir como requisito típico la resistencia por parte de la víctima, AGUILAR, *Delitos Sexuales. Tráfico ilícito de migrantes*, ob. cit., p. 32; MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 158; RODRÍGUEZ, *Delitos Sexuales*. 2ª. ed. actualizada, ob. cit., págs. 191 y sgtes.; y SANTIBÁÑEZ, ob. cit., p. 52.

54 A modo de ejemplo, un estudio realizado en España en la década de los 90, concluyó que un 6,8 % de las víctimas sólo queda paralizada o rompe a llorar (ROIG, Encarna. *La libertad sexual violada: Las agresiones sexuales, sus víctimas y su entorno*. Madrid, España, Comunidad de Madrid, Consejería de Presidencia, Dirección General de la Mujer, 1994, págs. 40 y sgtes.); en una investigación en la misma época en EE.UU., un 37% de las mujeres víctimas de violación, manifestaron haberse paralizado durante el ataque (GALLIANO, Grace;

Al respecto, tal como no existe un perfil único de víctimas, no existe una conducta determinada esperable o uniforme por éstas al verse expuestas a la agresión sexual. El trabajo con víctimas muestra que no existe una reacción única frente a una conducta sexual no querida⁵⁵. En algunos casos la reacción ante una inminente violación puede ser la huida o la defensa para oponerse a la ocurrencia de la agresión, sin embargo, en otros, el quedarse paralizada es la única respuesta posible para las víctimas, lo que puede llevar a que se dude de su testimonio porque, como se indicó, se cree que el no oponer resistencia se debe a que realmente no se sentía amenazada o porque estaba de acuerdo con la conducta sexual.

Frente a esto, cabe destacar un fenómeno que se encuentra largamente documentado y que se presenta en el mundo animal, denominado *inmovilidad tónica*. Este es definido como una disminución o ausencia de movimientos voluntarios en respuesta a un evento amenazante, acompañado por una también disminución de la capacidad vocal⁵⁶. Esta parálisis es breve y ocurre en situaciones de estrés o pánico, y tendría que ver con la capacidad de las personas de analizar las situaciones para evitar tomar decisiones impulsivas. Esta parálisis también puede funcionar como método de defensa, pues cuando la víctima ya no puede hacer nada para escapar, opta por ensimismarse para evitar exponerse a un riesgo mayor.

NOBLE, Linda; TRAVIS, Linda y PUECHL, Carol. "Victim Reactions During Rape/ Sexual Assault: A Preliminary Study of the Immobility Response and Its Correlates" [en línea]. En: *Journal of Interpersonal Violence*, Volume 8, N° 1, California, Estados Unidos, SAGE Publications, 1993, [págs. 109-114], p. 111. Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/088626093008001008> [fecha de consulta: 22 noviembre 2019]). Otra publicación, realizada también en EE.UU una década después, reportó que un 52% de las mujeres participantes, quienes habían sufrido alguna victimización sexual durante su infancia o adolescencia, reaccionaron de esta forma ante el hecho abusivo (HEIDT, Jennifer; MARX, Brian y FORSYTH, John. "Tonic immobility and childhood sexual abuse: a preliminary report evaluating the sequela of rape-induced paralysis" [en línea]. En: *Behaviour Research and Therapy*, Volume 43, N° 9, Amsterdam, Países Bajos, Elsevier, 2005, págs. 1157-1171. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0005796704002220?via%3Dihub> [fecha de consulta: 22 noviembre 2019]).

- 55 ECHEBURÚA, Enrique y GUERRICAECHEVARRÍA, Cristina. *Abuso Sexual en la Infancia: Víctimas y Agresores. Un enfoque clínico*. Barcelona, España, Ediciones Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, 2005, págs. 51 y 52; y PERRONE, Reynaldo y NANNINI, Martine. *Violencia y abusos sexuales en la familia: Un abordaje sistémico y comunicacional*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Paidós, 1997, p. 21.
- 56 TEOCKHORST, Sunda; O'HALLORAN, Mary y NYLINE, Blair. "Tonic Immobility Among Survivors of Sexual Assault" [en línea]. En: *Psychological trauma: theory, research, practice and policy*. Volume 7, N° 2, Washington D. C., Estados Unidos, American Psychological Association, 2015, [págs. 171-178], p. 171. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0005796704002220?via%3Dihub> [fecha de consulta: 22 noviembre 2019].

Esta respuesta no aprendida, considerada como una reacción evolutiva refleja ante situaciones que provocan miedo, como la presencia de depredadores, ha sido vinculada a las reacciones humanas de *congelamiento* ante ataques sexuales desde la década de los 70⁵⁷.

Sobre la caracterización de este fenómeno en víctimas de violencia sexual, una investigación realizada el año 2015, concluyó que ellas experimentaban, durante la ocurrencia de los hechos, tanto confusión como terror de forma abrumadora, parálisis corporal e imposibilidad de hablar, adormecimiento corporal, y sensación de desapego de sí mismas. De forma posterior al delito, percibieron una gradual recuperación de movimiento, dolor físico y temblores o escalofríos. Asimismo, fueron comunes los sentimientos de culpa, vergüenza, confusión, preocupación por lo que las otras personas fueran a pensar y temor a volver a quedar paralizadas⁵⁸.

Un estudio más reciente, que contó con la participación de 298 mujeres víctimas de violación, arrojó que un 70% de ellas refirió haber sufrido una importante inmovilidad tónica durante la agresión sexual, y el 48% refirió haber experimentado inmovilidad tónica extrema. Por su parte, se vuelven a mencionar la imposibilidad de hablar o gritar, la ausencia de dolor, la sensación de distancia de sí misma, entre otras; observándose además, una correlación con la existencia de estrés postraumático y depresión severa⁵⁹.

Esta evidencia científica tiene relevantes implicancias en el ámbito legal. La principal es que se debe entender que lo que en muchas oportunidades es interpretado como *consentimiento pasivo* de la víctima ante un delito sexual, puede representar, en realidad, una respuesta orgánica posible ante situaciones amenazantes.

Con respecto a la doctrina, no existen pronunciamientos expuestos sobre el abordaje de estas situaciones, especialmente en aquellos casos de víctimas lúcidas, sin psicopatología, en las que el sujeto activo no utiliza violencia física o amenaza con un mal a una persona.

57 SUAREZ, Susan y GALLUP, Gordon. “Tonic immobility as a response to rape in humans: a theoretical note” [en línea]. En: *The Psychological Record*, Volume 29, N° 3, Nueva York, Estados Unidos, Springer International Publishing, 1979, págs. 315-320. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/BF03394619> [fecha de consulta: 22 noviembre 2019].

58 TEBOCKHORST, O'HALLORAN y NYLINE, ob. cit., págs. 173 y 174.

59 MÖLLER, Anna; SÖNDERGAARD, Hans y HELSTRÖM, Lotti. “Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression” [en línea]. En: *Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica*, Volume 96, N° 8, Chichester, Reino Unido, Wiley-Blackwell, 2017, págs. 932-938. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/aogs.13174> [fecha de consulta: 22 noviembre 2019].

Una alternativa podría encontrarse en una interpretación subjetiva amplia, seguida por algunas/os autoras/es, respecto al contenido de la circunstancia comisiva de intimidación, entendida como un estado de conmoción psicológica de la víctima, causado por una amenaza, por la sola presencia del sujeto activo (o varios de ellos), o por otras circunstancias conocidas por el sujeto activo y la víctima (como por ejemplo la comisión previa de otras conductas violentas en contra de la misma persona)⁶⁰. En este sentido, lo relevante es la capacidad de reacción de la víctima, la que se encontraría anulada o gravemente limitada, debido al contexto coercitivo en el que se llevan a cabo los hechos⁶¹.

Sin embargo, doctrinaria y jurisprudencialmente, esta postura es minoritaria, puesto que prima la comprensión de intimidación como la amenaza de un mal grave para lograr el acto sexual, la que debe ser seria, verosímil, grave e inmediata⁶². De esta forma, la sinonimia entre intimidación y amenaza

60 RODRÍGUEZ, *Delitos Sexuales*. 2ª. ed. actualizada, ob. cit., págs. 196 y 197; SANTIBÁÑEZ, ob. cit., p. 50; y WINTER, Jaime. *Delitos contra la indemnidad sexual. Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial*, Santiago, Chile, DER Ediciones, 2018, p. 23.

61 La existencia de contextos que limitan la autodeterminación de las personas ha sido desarrollada principalmente en el mundo anglosajón, a través de la figura del control coercitivo en el ámbito de la violencia contra las mujeres por razones de género (STARK, Evan. *Interpersonal violence. Coercive control: How men entrap women in personal life*. Oxford, Reino Unido, Oxford University Press, 2007). Esta situación se caracteriza por el intento de dominar a la pareja y ejercer control sobre la relación, a través de distintas tácticas de poder, incluyendo el uso de violencia física, psíquica, económica y sexual. Cabe indicar que la literatura habla de una prevalencia casi absoluta de víctimas femeninas (entre un 87% a 97% de las denuncias presentadas), lo que pone de manifiesto la violencia de género que subyace a estas conductas (JOHNSON, Michael. "Conflict and Control: Gender Symmetry and Asymmetry in Domestic Violence" [en línea]. En: *Violence Against Women*, Volume 12, N° 11, California, Estados Unidos, SAGE Publications, 2006, [págs. 1.003-1.018], p. 1.010. Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1077801206293328> [fecha de consulta: 25 noviembre 2019]).

62 Entre ellas/os, AGUILAR, *Delitos Sexuales. Tráfico ilícito de migrantes*, ob. cit., p. 34; GARRIDO, *Derecho Penal. Tomo III. Parte Especial*. 4ª. ed. actualizada, ob. cit., p. 281; y MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 160. Respecto a la jurisprudencia, son habitualmente citados algunos fallos de la Corte Suprema, que definen intimidación como amenaza de hacer a la víctima "objeto de una violencia física inminente y lo bastante grave como para infundirle un temor capaz de quebrantar su resistencia al acceso carnal. De este modo, el temor de sufrir el mal debe ser serio, grave y efectivo y basado en actos concretos de amenazas hacia la integridad física" (Corte Suprema, 10 de Marzo de 2003, Rol N° 4115-2002. En el mismo sentido Rol N° 3.640-05, 5 de enero de 2005). Sin embargo, en un pronunciamiento del año 2014, es posible inferir un cambio en la postura, al estimar que no existía infracción de derecho en un fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, que entendió que la intimidación tenía un carácter subjetivo, al constituir coacción el aprovechamiento por parte del sujeto activo de una deficiencia mental leve y de la relación de confianza existente con la víctima (Corte Suprema, 30 de enero de 2014, Rol N° 17.107-2013).

dificulta en gran parte la subsunción en esta hipótesis de la inmovilidad tónica u otros estados de la víctima que limiten de forma significativa su autodeterminación sexual.

Debido lo expuesto, se estima que la forma de encuadrar estas situaciones en la normativa penal chilena, es a través de la circunstancia de incapacidad para oponerse, dados los claros y documentados efectos producidos en la víctima que anulan de forma completa su voluntad, y que son aprovechados por el sujeto activo para acometer el delito⁶³.

Esta fue la línea seguida por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo en el caso de una adolescente de 15 años que fue víctima de tocaciones en sus glúteos y pechos mientras iba en un bus interurbano. La ofendida indicó en su declaración en el juicio oral que “se sintió mal”, “en el momento estaba en shock”, “pensó que nunca le iba a pasar eso”, “no se podía mover”, entre otras frases similares⁶⁴. Así, las sentenciadoras estimaron que lo sucedido se encuadraba en la circunstancia de incapacidad para oponerse, “en cuanto a que se encontraba en shock, quieta, sin poder moverse, lo que se traduce en una imposibilidad nula de reacción, lo que resultó conteste con el relato de la madre de la menor, quien incluso indicó, como ya se señaló que debió poner una voz más fuerte para que (...) reaccionara y saliera del lugar en el que se encontraba y donde había ocurrido el hecho”⁶⁵.

5. Organización relacional abusiva

Existe otro grupo de casos en los que la incapacidad para oponerse se asocia a aspectos fenomenológicos propios a las conductas sexuales abusivas: el usual vínculo existente entre víctima e imputado, y las dinámicas puestas en juego en el marco de dicha relación.

En efecto, en un alto porcentaje, los delitos contra la libertad/indemnidad sexual, en todos los rangos etarios, se dan en el espacio vincular de las personas involucradas, correspondiendo los sujetos activos a personas cercanas a sus víctimas por lazos relacionales y, muchas veces, familiares. En un estudio realizado en el país sobre violencia sexual contra jóvenes mayores de edad, el

63 MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 160, abogan por la posibilidad de estar ante esta circunstancia en casos limítrofes, en que no se aprecien todos los requisitos exigidos para la intimidación.

64 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, 12 de septiembre de 2018, RUC N° 1700691931-6, RIT N° 259-2018, considerando sexto.

65 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, 12 de septiembre de 2018, RUC N° 1700691931-6, RIT N° 259-2018, considerando décimo.

37,3% de las mujeres y el 50,7% de los hombres victimizados sexualmente, indicaron que las conductas fueron cometidas por una persona conocida⁶⁶. Otro estudio nacional con población adulta, concluyó que en el 82,9% de los casos, la relación establecida correspondía a un vínculo intrafamiliar (36,1%) y extrafamiliar conocido (46,8%), comprendiendo en este último tipo a vecinas/os, superiores/es jerárquicas/os y/o religiosas/os, amigas/os, compañeras/os de trabajo y/o subalternas/os, cuidadoras/es y profesionales habituales a cargo de la salud de la víctima. Esto desmitifica la creencia popular respecto a que las conductas sexuales no deseadas o queridas sufridas por estas personas, son cometidas por parte de desconocidas/os, en contextos físicos de riesgo⁶⁷.

Teniendo en consideración que la gran mayoría de estas conductas son cometidas por personas con las cuales las víctimas mantienen vínculos de cercanía y dependencia, en el marco de relaciones asimétricas o desiguales de poder, desde el ámbito psicológico clínico se han desarrollado conceptualizaciones teóricas que buscan describir la complejidad de las dinámicas que subyacen a los procesos abusivos.

Una de estas conceptualizaciones corresponde a la *Teoría del hechizo*⁶⁸. En ésta se describe el progresivo proceso abusivo y la compleja relación que el sujeto activo establece con su víctima en casos de conductas crónicas (de larga data, cometidas en reiteradas ocasiones). El hechizo es descrito como una forma extrema de relación no igualitaria que se caracteriza por la influencia que una persona ejerce sobre otra, sin que ésta lo sepa. A través de este proceso, la víctima entra en un estado de trance prolongado, que constituye un estado de conciencia alterado o modificado, que se caracteriza por una disminución significativa del umbral del sentido crítico y una focalización de la atención. Como consecuencia de lo anterior, la víctima queda atrapada en una relación de alienación y en una situación de profunda vulnerabilidad. Esto le dificulta

66 LEHRER, Jocelyn; LEHRER, Evelyn y OYARZÚN, Pamela. “Violencia sexual en hombres y mujeres jóvenes en Chile: Resultados de una encuesta (año 2005) a estudiantes universitarios” [en línea]. En: *Revista médica de Chile*, N° 137, Santiago, Chile, Sociedad Médica de Santiago, 2009, [págs. 599-608], págs. 601 y sgtes. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rmc/v137n5/art02.pdf> [fecha de consulta: 13 noviembre 2019]. De hecho, el 13% de las mujeres y hombres indicó que fue “alguien con quien estaba en una cita”, mientras que el 26,4% de las mujeres y 20,9% de los hombres, que fue una pareja sexual, polola/o o ex-polola/o.

67 VEGA, Angélica; ROMO, Verónica; FRANCO, Daniela y PÉREZ, Macarena. “Develación de las experiencias de agresión sexual de presuntas víctimas adultas: una propuesta comprensiva”. En: *Huellas. Cuadernos de criminodinámicas y fenómenos emergentes*. Colección PDI, volumen 22, Santiago, Chile, Jefatura Nacional de Delitos Contra la Familia, Policía de Investigaciones de Chile, [págs. 161-184], p. 175.

68 PERRONE y NANNINI, ob. cit., págs. 117-142.

reconocer o resistirse a las conductas, al no tener posibilidad de elección y ver limitado el espectro de opciones posibles, lo que la lleva a participar en una situación sexual sin su deseo ni voluntad. En los casos más extremos, la/el victimaria/o genera relaciones totalitarias, asumiendo el control completo e irrestricto sobre la vida de quien ha elegido como víctima⁶⁹.

Otro de los modelos comprensivos de las dinámicas presentes en la victimización sexual que ha sido relacionado a la incapacidad para oponerse corresponde al *Síndrome de acomodación del abuso sexual infantil*⁷⁰. Este modelo describe las conductas *normales* que las víctimas despliegan para hacer frente a una situación *anormal* como las agresiones sexuales, y la manera en que éstas se acomodan a la situación abusiva al no tener escapatoria de ella. Se identifican cinco categorías como parte de este síndrome, algunas de las cuales resultan muy relevantes para comprender situaciones de incapacidad para oponerse. Entre estas el *secreto*, impuesto por el sujeto activo, quien se ampara en el silencio de la víctima; en este contexto es él el único referente para entender lo que está ocurriendo. Irrumpe, así, el *desamparo* que describe la posición de la víctima frente a la relación autoritaria configurada, fundada en la diferencia de poder. En este contexto se trasgrede progresivamente a la víctima instalando una relación unilateral ante la que ésta se paraliza y se somete. Finalmente, frente a la victimización crónica, sin salida, la única opción es aprender a aceptar la situación para sobrevivir con lo que se instala el *entrampamiento y la acomodación*. Con esto, paradójicamente, la víctima obtiene control con un alto costo para su salud mental. Así, esta persona termina en un lugar de sacrificio en pos de conservar algo de su equilibrio vital y aprende a acomodarse a los requerimientos sexuales como una manera de sobrevivir, perdiendo su capacidad de autodeterminarse en la esfera de la sexualidad.

Si bien estos modelos fueron formulados principalmente para describir las dinámicas presentes en delitos contra la libertad/indemnidad sexual que se producen en el contexto intrafamiliar, cabe considerarlos también en relaciones extrafamiliares de cercanía emocional que se convierten en abusivas, en las que estas dinámicas se van instalando progresivamente a

69 MARTÍNEZ, María Josefina. “Abuso sexual y dinámica relacional: el lugar de los terceros (todos podemos hacer o no algo)” [en línea]. En: *Revista Testimonio*, N° 266, Santiago, Chile, CONFERRE, 2014, [págs. 21-28], p. 23. Disponible en: <https://testimonio.conferre.cl/no-266-abuso-a-menores-desafio-ineludible/> [fecha de consulta: 13 noviembre 2019].

70 SUMMIT, Ronald. “The child sexual abuse accommodation syndrome” [en línea]. En: *Child Abuse and Neglect*, volume 7, N° 2, Amsterdam, Países Bajos, Elsevier, 1983, págs. 177-193. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/0145213483900704?via%3Dihub> [fecha de consulta: 22 noviembre 2019].

través de patrones comunicacionales y relacionales anómalos. En estos casos usualmente se presenta, de manera previa, una condición de vulnerabilidad en la víctima que es utilizada por el sujeto activo para facilitar la instalación de estas dinámicas por las cuales la víctima resulta incapacitada para oponerse y, al mismo tiempo, inhabilitada para prestar su consentimiento (por ejemplo vivencias tempranas de maltrato y abandono reales o simbolizadas, carencias afectivas, entre otras).

Se encuentran acá, por ejemplo, aquellas situaciones en que el sujeto activo ejerce el rol de guía espiritual, generando en la víctima una dependencia psico-socio-espiritual de la cual abusa, como es el caso de sacerdotes, pastores o líderes espirituales; personas vinculadas al área de la salud a cargo de atenciones o tratamientos prolongados (entre otros, tratamientos oncológicos, psiquiátricos, psicológicos y fonoaudiológicos); y aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima en contextos educativos y laborales⁷¹.

La doctrina y la jurisprudencia, de forma gradual, han ido reconociendo la posibilidad de apreciar la ausencia de voluntad de la víctima en estos casos, encuadrando estos ejemplos en el artículo 361 N° 2 segunda parte. Por ejemplo, Santibáñez admite expresamente la inclusión del síndrome de acomodación al abuso sexual y casos extremos de sometimiento psicológico propio de sectas⁷².

Un caso relevante en esta materia fue el conocido por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción en el año 2018, respecto a un pastor evangélico acusado de cometer diversos abusos sexuales contra tres víctimas, que a la fecha de los hechos tenían entre 15 y 25 años de edad. Estas personas eran parte de la comunidad religiosa liderada por el imputado, quien ejercía un rol de autoridad y líder espiritual. Respecto a los hechos delictivos, consistían principalmente en besos y tocaciones, y fueron cometidos en el templo, por regla general estando a solas con las ofendidas. Los primeros episodios comienzan como conductas de “sanación” o para “ayudar y orientar” a las víctimas.

Durante el juicio oral se demostró que el acusado era una persona respetada y obedecida por su comunidad, imponiendo incluso reglas respecto de la

71 En este ámbito se destaca un pronunciamiento del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, que condenó a un hombre por conductas constitutivas de abuso sexual cometidas de forma sistemática, prevaleciendo de su calidad de jefe y dueño de la empresa en la que trabajaba la víctima. Cabe indicar que a la fecha de redacción del presente artículo, el fallo no se encontraba ejecutoriado (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, 18 de enero de 2020, RUC N° 1700442100-0, RIT N° 125-2019).

72 SANTIBÁÑEZ, ob. cit., p. 52.

vida de los integrantes de esta iglesia, como pedir autorización para pololear, aprobación para casarse, entre otras. Asimismo, adecuaba las enseñanzas bíblicas a su conveniencia para mantener este control. Ante desobediencias, utilizaba la humillación y escarnio público, junto con poder solicitar la expulsión de los miembros que incumplían su mandato.

El Tribunal condenó al imputado, estimando que las víctimas “se vieron impedidas de oponerse a las conductas abusivas de parte del acusado”, dado que “la capacidad de las víctimas para percibir el mundo circundante estaba significativamente alterada, ello por encontrarse totalmente inmersas en un contexto en que creían que las reglas impuestas por la iglesia a la que pertenecían, especialmente las impartidas por el líder de la misma, debían ser necesariamente cumplidas por ellas, so pena de ser sancionadas públicamente como personas que se apartaban del camino de su dios, por el acusado (...). Esto provocaba que las víctimas estuvieran en la imposibilidad psíquica de negarse a los abusos por parte del encartado”⁷³.

El caso llega a conocimiento de la Corte Suprema que, en definitiva, rechazó un recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho, señalando que el autor tenía “la “condición de pastor y guía espiritual”, estado que lo colocaba, respecto de las mismas [víctimas], como líder, a consecuencia de su autoridad religiosa, generándose un vínculo de confianza que puso a las afectadas en una situación de vulnerabilidad desde que ejercía control personal y social basado en el vínculo de espiritualidad existente, así como también en la condición de subordinación a la autoridad, explotación que le permite inhibir totalmente la oposición que pudiesen manifestar las víctimas, las cuales reúnen no solo la condición de menores de edad, sino además y por sobre todo ser fieles de la iglesia que regentaba el acusado (...) tienen la entidad suficiente para configurar la incapacidad de oponerse al verse impedidas, las niñas, de manifestar su rechazo, por su posición de miembros de una organización religiosa y por la investidura del hechor”⁷⁴.

Por último, cabe incluir dentro de estos casos aquellas situaciones en que, no apreciándose las dinámicas explicadas anteriormente, existe un prevalimiento por parte del sujeto activo del rol particular que ejerce lo que, junto con las circunstancias contextuales o personales en que se encuentra la víctima, causa en ella una inhibición o disminución significativa de sus facultades, estando impedida de oponerse ante la conducta. Acá se encuadrarían otras situaciones descritas por la doctrina, como por ejemplo el aprovechamiento

73 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 5 de julio de 2018, RUC N° 1400869213-1, RIT N° 108-2018, considerandos duodécimo y decimocuarto.

74 Corte Suprema, 11 de octubre de 2018, Rol N° 16.676-2018, considerando séptimo.

de la vulnerabilidad o de una relación de confianza con el sujeto pasivo en el ámbito de la salud o en contexto de terapias de relajación⁷⁵. En este ámbito, son varios los pronunciamientos de tribunales de todo el país, en los que se desprende que si bien la conducta pudo haber sido cometida de forma sorpresiva, lo que primó fue el contexto de vulnerabilidad en que se ejecutó⁷⁶.

IV. REFLEXIONES FINALES

No son pocos los casos en los que las/os operadoras/es nacionales del Sistema de Justicia Penal estiman atípicas conductas por no poder subsumirse fácilmente en las circunstancias comisivas estipuladas en el Código Penal, siguiendo interpretaciones rígidas dadas históricamente por los autores. Lo anterior ha llevado a que actualmente se encuentren en discusión proyectos de ley que buscan modificar íntegramente, o en parte, los delitos contra la libertad/indemnidad sexual⁷⁷. Lo anterior dado que su configuración actual no se condeciría con la evidencia que entre otras, la psicología, criminología y victimología han ofrecido en las últimas décadas, ni con las disposiciones y directrices que emanan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, principalmente en cuanto al deber del Estado de erradicar toda forma de violencia en contra de los grupos más afectados por estos delitos (niños, niñas, adolescentes y mujeres adultas).

75 MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., págs. 162, 163 y 173; y SANTIBÁÑEZ, ob. cit., p. 52.

76 Por ejemplo, Corte de Apelaciones de Temuco, 29 de abril de 2019, Rol N° 250-2019 y Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 8 de marzo de 2019, RUC N° 1800179205-5, RIT N° 70-2018 (tecnólogo médico que efectúa tocaciones a la víctima aprovechando que ella se encontraba realizándose un examen de electroencefalograma por su epilepsia, acostada en una camilla, en un cuarto a oscuras, conectada a sensores y con instrucciones de parte del imputado de permanecer con los ojos cerrados y quieta para asegurar el éxito del examen); 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 31 de agosto de 2017, RUC N° 1500647259-9, RIT N° 126-2017 (imputado se hacía pasar por masajista y podólogo, con el objeto de ingresar al domicilio de las víctimas -en su mayoría de la tercera edad-, donde éste procedía a efectuarles masajes y luego diversos actos de significación sexual y relevancia); Corte de Apelaciones de Concepción, 26 de agosto de 2017, Rol N° 665-2017, y Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, 7 de julio de 2017, RUC N° 1500550325-3, RIT N° 31-2017 (supuesto matron o médico que efectuó tocaciones a distintas víctimas); y Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 25 de julio de 2017, RUC N° 1600965518-6, RIT N° 126-2017 (técnico paramédico de Gendarmería de Chile, que aprovechaba dicha situación para llevar a cabo conductas de contenido sexual con diversas postulantes a la Escuela de Suboficiales de la institución, consistentes en tocaciones en sus mamas y genitales, bajo el pretexto de realizarles una revisión de tipo ginecológica).

77 Entre otros la iniciativa llamada “no es no”, que busca modificar el delito de violación para incluir expresamente la ausencia de consentimiento de la víctima (Boletín N° 11.714-07, Modifica el Código Penal en materia de tipificación del delito de violación).

Sin perjuicio de los avances normativos que puedan realizarse en el futuro, es posible concluir que la actual redacción del artículo 361 permite dar cabida a numerosas situaciones, sin necesidad de interpretaciones alambicadas (como lo era entender dentro de la circunstancia de *uso de fuerza* a situaciones de incapacidad física) ni infracciones a los principios del Derecho Penal. Esto teniendo presente que el gran número de casos denunciados se cometen justamente por el prevalimiento por parte del sujeto activo de situaciones contextuales y/o personales de las víctimas, que anulan o limitan significativamente sus facultades cognoscitivas, afectivas y volitivas, incapacitándolas para oponerse ante las conductas: ataques sorpresivos, privaciones de sentido, psicopatologías, contextos coercitivos, estados de conmoción psicológica, inmovilidad tónica, dinámicas relacionales abusivas, entre otras.

Es por esto que, tal como lo señala Santibáñez, basta con llevar a cabo una correcta interpretación, basada en el sentido natural y obvio de las palabras de la ley, la historia legislativa y “en un esfuerzo por otorgar la mayor protección posible a los bienes jurídicos protegidos por el delito”⁷⁸. Esto permitirá asegurar un correcto acceso a la Justicia por parte de las víctimas, continuando con la senda ya iniciada por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR, Cristián. Delitos Sexuales. Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming. Doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2012.
- AGUILAR, Cristián. Delitos Sexuales. Doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2008.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 21.153, Modifica el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos [en línea]. Valparaíso, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, 2019. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7660/>.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 20.480. Modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el femicidio, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio [en línea]. Valparaíso, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, 2010. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4620/>.

78 SANTIBÁÑEZ, ob. cit., p. 57.

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 19.617. Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación [en línea]. Valparaíso, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, 1999. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3848/1/HL19617.pdf>.
- COX, Juan Pablo. Los Abusos Sexuales. Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2003.
- ECHEBURÚA, Enrique y GUERRICAECHEVARRÍA, Cristina. Abuso Sexual en la Infancia: Víctimas y Agresores. Un enfoque clínico. Barcelona, España, Ediciones Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, 2005.
- ECHEBURÚA, Enrique; SALABERRÍA, Karmele y CRUZ-SÁEZ, Marisol. “Aportaciones y Limitaciones del DSM-5 desde la Psicología Clínica” [en línea]. En: Terapia psicológica, volumen 32, N° 1, Santiago, Chile, Sociedad Chilena de Psicología Clínica, 2014, págs. 65-74. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-48082014000100007.
- ETCHEBERRY, Alfredo. El Derecho Penal en la Jurisprudencia. 1875-1966. Tomo III. Parte Especial. 2ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1987.
- GALLIANO, Grace; NOBLE, Linda; TRAVIS, Linda y PUECHL, Carol. “Victim Reactions During Rape/Sexual Assault: A Preliminary Study of the Immobility Response and Its Correlates” [en línea]. En: Journal of Interpersonal Violence, Volume 8, N° 1, California, Estados Unidos, SAGE Publications, 1993, págs. 109-114. Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/088626093008001008>.
- GARRIDO, Mario. Derecho Penal. Tomo III. Parte Especial. 4ª. ed. actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2010.
- GARRIDO, Mario. Derecho Penal. Tomo III. Parte Especial. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998.
- GUZMÁN, Karen. “El consentimiento de la víctima en los delitos contra la libertad sexual”. En: Revista Jurídica del Ministerio Público. Santiago, Chile, Ministerio Público, 2015, págs. 151-174.
- HEIDT, Jennifer; MARX, Brian y FORSYTH, John. “Tonic immobility and childhood sexual abuse: a preliminary report evaluating the sequela of rape-induced paralysis” [en línea]. En: Behaviour Research and Therapy, Volume 43, N° 9, Amsterdam, Países Bajos, Elsevier, 2005, págs. 1157-1171. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0005796704002220?via%3DIihub>.

- JOHNSON, Michael. “Conflict and Control: Gender Symmetry and Asymmetry in Domestic Violence” [en línea]. En: *Violence Against Women*, Volume 12, N° 11, California, Estados Unidos, SAGE Publications, 2006, págs. 1.003-1.018. Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1077801206293328>.
- LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*. 7ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2000.
- LEHRER, Jocelyn; LEHRER, Evelyn y OYARZÚN, Pamela. “Violencia sexual en hombres y mujeres jóvenes en Chile: Resultados de una encuesta (año 2005) a estudiantes universitarios” [en línea]. En: *Revista médica de Chile*, N° 137, Santiago, Chile, Sociedad Médica de Santiago, 2009, págs. 599-608. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rmc/v137n5/art02.pdf>.
- MALDONADO, Francisco. “Delitos contra la libertad sexual. Tratamiento de la nueva regulación de los delitos sexuales”. En: *Problemas Actuales del Derecho Penal*. Temuco, Chile, Universidad Católica de Temuco, 2003, págs. 225-266.
- MARTÍNEZ, María Josefina. “Abuso sexual y dinámica relacional: el lugar de los terceros (todos podemos hacer o no algo)” [en línea]. En: *Revista Testimonio*, N° 266, Santiago, Chile, CONFERRE, 2014, págs. 21-28. Disponible en: <https://testimonio.conferre.cl/no-266-abuso-a-menores-desafio-ineludible/>.
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 2ª. ed., Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2018.
- MÖLLER, Anna; SÖNDERGAARD, Hans y HELSTRÖM, Lotti. “Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression” [en línea]. En: *Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica*, Volume 96, N° 8, Chichester, Reino Unido, Wiley-Blackwell, 2017, págs. 932-938. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/aogs.13174>.
- OXMAN, Nicolás. “La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales” [en línea]. En: *Política Criminal*, Vol. 10, N° 19, Art. 4, Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca, 2015, págs. 92-118. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_19/Vol10N19A4.pdf.
- PERRONE, Reynaldo y NANNINI, Martine. *Violencia y abusos sexuales en la familia: Un abordaje sistémico y comunicacional*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Paidós, 1997.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 2ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005.

- RODRÍGUEZ, Luis. Delitos Sexuales. 2ª. ed. actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2016.
- RODRÍGUEZ, Luis. Delitos Sexuales. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2000.
- ROIG, Encarna. La libertad sexual violada: Las agresiones sexuales, sus víctimas y su entorno. Madrid, España, Comunidad de Madrid, Consejería de Presidencia, Dirección General de la Mujer, 1994.
- SANTIBÁÑEZ, María Elena. “Delimitación de la modalidad típica de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse en el delito de violación”. En: Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 15. Delitos Sexuales. Año 4, N° 15, Universidad de Los Andes, Santiago, Chile, Legalpublishing, Thomson Reuters, 2013, págs. 43-59.
- SEPÚLVEDA, Ivonne y SOVINO, Maurizio. “Violencia de género e investigación penal: deberes y desafíos para el Ministerio Público”. En: Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 69, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2017, págs. 125-171.
- STARK, Evan. Interpersonal violence. Coercive control: How men entrap women in personal life. Oxford, Reino Unido, Oxford University Press, 2007.
- SUAREZ, Susan y GALLUP, Gordon. “Tonic immobility as a response to rape in humans: a theoretical note” [en línea]. En: The Psychological Record, Volume 29, N° 3, Nueva York, Estados Unidos, Springer International Publishing, 1979, págs. 315-320. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/BF03394619>.
- SUMMIT, Ronald. “The child sexual abuse accommodation syndrome” [en línea]. En: Child Abuse and Neglect, volume 7, N° 2, Amsterdam, Países Bajos, Elsevier, 1983, págs. 177-193. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/0145213483900704?via%3Dihub>.
- TEBOCKHORST, Sunda; O'HALLORAN, Mary y NYLINE, Blair. “Tonic Immobility Among Survivors of Sexual Assault” [en línea]. En: Psychological trauma: theory, research, practice and policy, Volume 7, N° 2, Washington D. C., Estados Unidos, American Psychological Association, 2015, págs. 171-178. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0005796704002220?via%3Dihub>.
- VEGA, Angélica; ROMO, Verónica; FRANCO, Daniela y PÉREZ, Macarena. “Develación de las experiencias de agresión sexual de presuntas víctimas adultas: una propuesta comprensiva”. En: Huellas. Cuadernos de criminodinámicas y fenómenos emergentes. Colección PDI, volumen 22, Santiago, Chile, Jefatura Nacional de Delitos Contra la Familia, Policía de Investigaciones de Chile, págs. 161-184.
- WINTER, Jaime. Delitos contra la indemnidad sexual. Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Santiago, Chile, DER Ediciones, 2018.

Legislación

Chile

- Ley N° 21.153, modifica el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos. Diario Oficial del 03 de mayo de 2019.
- Ley N° 20.480, modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el femicidio, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio. Diario Oficial del 18 de diciembre de 2010.
- Ley N° 19.617, modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación. Diario Oficial del 12 de julio de 1999.

Jurisprudencia

Corte Suprema

- 10 de marzo de 2003, Rol N° 4.115-2002.
- 5 de enero de 2005, Rol N° 3.640-2005.
- 30 de enero de 2014, Rol N° 17.107-2013.
- 11 de octubre de 2018, Rol N° 16.676-2018.

Cortes de Apelaciones

- Corte de Apelaciones de Concepción, 26 de agosto de 2017, Rol N° 665-2017.
- Corte de Apelaciones de Concepción, 19 de diciembre de 2014, Rol N° 743-2014.
- Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 20 de mayo de 2015, Rol N° 36-2015.
- Corte de Apelaciones de Temuco, 29 de abril de 2019, Rol N° 250-2019.

Tribunales de Juicio Oral en lo Penal

- 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 31 de agosto de 2017, RUC N° 1500647259-9, RIT N° 126-2017.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, 7 de julio de 2017, RUC N° 1500550325-3, RIT N° 31-2017.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, 7 de noviembre de 2014, RUC N° 1101284863-5, RIT N° 54-2014.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, 18 de enero de 2019, RUC N° 1700442100-0, RIT N° 125-2019.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 5 de julio de 2018, RUC N° 1400869213-1, RIT N° 108-2018.

- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles, 29 de abril de 2019, RUC N° 1700720849-9, RIT N° 18-2019.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, 31 de marzo de 2015, RUC N° 1400960845-2, RIT N° 8-2015.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, 17 de agosto de 2018, RUC N° 1700643662-5, RIT N° 209-2018.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, 12 de septiembre de 2018, RUC N° 1700691931-6, RIT N° 259-2018.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 8 de marzo de 2019, RUC N° 1800179205-5, RIT N° 70-2018.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 25 de julio de 2017, RUC N° 1600965518-6, RIT N° 126-2017.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, 26 de octubre de 2017, RUC N° 1400063796-4, RIT N° 132-2017.

España

- Tribunal Supremo de España, 04 de julio de 2019, Sentencia N° 396/2019.
- Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, España, 20 de marzo de 2018, Sentencia N° 000038/2018.

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

LA OBTENCIÓN DE EVIDENCIA DIGITAL DE PROVEEDORES DE SERVICIO Y LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES INVOLUCRADAS

Camila Bosch Cartagena¹

I. INTRODUCCIÓN

La evidencia digital puede definirse como “toda información de valor probatorio contenida en un medio electrónico o transmitida por dicho medio”², y que por lo tanto sirve para la acreditación de hechos que son objeto de una investigación penal. Esta clase de evidencia tiene cada vez más importancia en un mundo donde la tecnología adquiere mayor protagonismo en los aspectos cotidianos de la vida humana. Este crecimiento del uso de la tecnología en la vida diaria se ha definido como el *Internet de las cosas*³, concepto que se traduce en que son variados los objetos que hoy se conectan a Internet y que almacenan o transmiten datos informáticos. En este sentido, la evidencia digital no se limita a aquella información que podemos obtener de computadores o celulares, sino que también podremos encontrar dicha clase de evidencia en relojes, drones, incluso lavadoras de ropa u otros electrodomésticos, automóviles, o cualquier otro objeto que se conecte a Internet, directa o indirectamente, abriéndose un espectro de posibles fuentes de evidencia para acreditar o desvirtuar los hechos que son investigados en el contexto de una causa penal. Este espectro irá creciendo cada vez más a medida que ocupemos la tecnología en todos los aspectos de nuestra vida, volviéndose imprescindible su utilización en cualquier tipo de investigación ya que no es un tipo de prueba que se restrinja a probar únicamente delitos informáticos. De hecho, el artículo 14 del Convenio sobre la Cibercriminalidad del Consejo de Europa, más conocido como Convenio de Budapest, y del cual Chile es parte desde el 1 de agosto de 2017⁴, establece que son aplicables

- 1 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Delgado Martín, Joaquín. *La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración*. Diario La Ley, N° 6, Sección Ciberderecho, España, Editorial Wolters Kluwer, 11 de abril de 2017.
- 3 Al respecto de Internet de las cosas ver, 1. Evans, D. *Internet de las cosas, cómo la próxima evolución de internet lo cambia todo*. Technical report, Cisco Internet Business Solutions Group (IBSG) (2011), disponible en: https://www.cisco.com/c/dam/global/es_mx/solutions/executive/assets/pdf/internet-of-things-iot-ibsg.pdf.
- 4 El Convenio de Budapest fue ratificado por Chile el 20 de abril del año 2017, entrando en vigencia para nuestro país el 1 de agosto de dicho año. A su vez, al interior del

de forma transversal⁵ las normas procesales que dicho Convenio consagra a la obtención de pruebas electrónicas de cualquier clase de delito, cualquier otro delito que sea cometido a través de medios informáticos⁶ y a los delitos que aborda directamente el Convenio⁷.

Teniendo presente lo anterior, podremos obtener evidencia digital de dos formas, una de ellas a través del análisis de un dispositivo electrónico de pertenencia de algún sujeto de interés en la investigación penal, como por ejemplo, el celular de un imputado. En él podremos encontrar fotografías, mensajes de texto, aplicaciones de redes sociales, entre muchas otras posibilidades, que puedan ser de relevancia criminológica y que podrá ser analizado cumpliéndose con las normas vigentes en cuanto a la investigación procesal penal y de la prueba. Pero otra opción, es que la evidencia digital podamos obtenerla de parte de los proveedores de servicio, cómo lo veremos más adelante. De acuerdo con la letra C del artículo 1 del Convenio de Budapest

Ministerio Público, con fecha 2 de agosto de 2017 el Fiscal Nacional Jorge Abbott Charme a través de Oficio FN N° 1506/2017 creó la especialidad de cibercriminalidad, designando a fiscales adjuntos como especializados en la materia y agregando dicha especialidad a la competencia de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado (ULDDECO) de la Fiscalía Nacional. De acuerdo con el señalado Oficio FN, al interior de la Fiscalía de Chile, la especialidad de cibercriminalidad comprende los delitos establecidos en la Ley N° 19.223 sobre delitos informáticos, los tipos penales de la Ley N° 20.009, esto es el uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito en todas sus modalidades de comisión, como también cualquier otro delito asociado a la cibercriminalidad o tecnologías, que no sean de los artículos 366 quater, 366 quinquies, 374 bis y 374 ter del Código Penal o de competencia de otra unidad especializada distinta a ULDDECO. Adicionalmente, el Estado de Chile, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores estableció, al momento de depositar el instrumento de ratificación del Convenio, a la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones de la Fiscalía Nacional como autoridad central de la red 24/7 establecida en el artículo 35 del Convenio de Budapest.

- 5 El artículo 23 del Convenio de Budapest establece esta misma aplicación transversal para las normas establecidas en dicho convenio internacional respecto de la cooperación internacional.
- 6 Esto es, cualquier delito que se encuentre consagrado en el Código Penal o alguna ley especial y que sea cometido por medios informáticos, como podrá ser, por ejemplo, una estafa en los términos del artículo 467 o 468 del Código Penal usándose como medio para su comisión una página de ventas en internet.
- 7 Los artículos que establecen normas sustantivas consagrando tipos penales del Convenio van desde el artículo 2 al 11 y son: 1- Delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos, como son el delito de acceso ilícito, la interceptación ilícita o el ataque a la integridad de sistemas informáticos; 2- Delitos informáticos propiamente tal, esto es el delito de falsificación informática y el fraude informático; 3- Delitos relacionados con el contenido, tipificándose las figuras de pornografía infantil con una serie de posibles formas de comisión, y, 4- Delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y derechos afines.

un proveedor de servicios es “toda entidad pública o privada que brinde a los usuarios de sus servicios la posibilidad de comunicarse entre sí por medio de un sistema informático” como también, “cualquier otra entidad que procese o almacene datos informáticos para dichos servicios de comunicación o para los usuarios de dichos servicios”, por lo tanto, se encuentran contemplados en dicha definición las empresas de telecomunicaciones que brindan acceso a internet, compañías que ofrecen servicios de redes sociales y medios sociales en línea, entidades que proporcionen hospedaje (también conocido como *hosting*) de páginas de internet, entre otras, pero no incluye a aquella persona que simplemente ofrece contenido en una página web. Es decir, la definición establecida en el Convenio al cual adhirió Chile incluye a un gran número de entidades y es relevante tenerla presente toda vez que nuestra legislación actual carece aún de una modificación en los términos a los cuales nuestro país se obligó tras la adhesión a este instrumento internacional⁸.

Ahora bien, el presente trabajo pretende abordar primordialmente consideraciones respecto a la obtención de evidencia digital de los proveedores de servicio atendida la importancia que puede tener dicha evidencia. Así, estas empresas mantienen información que puede servir, por ejemplo, para poder identificar a una persona que se encuentra realizando determinadas acciones a través de internet, cómo también, podremos solicitar información de contenido cuando no haya sido posible obtener el dispositivo electrónico que contenga la información, como podría ser el computador de la víctima que contiene ciertos correos electrónicos de interés pero que no ha sido hallado. De esta forma, es importante tener conocimiento de cuál es la información que se puede obtener mediante esta vía, los requisitos para solicitarla y otras consideraciones respecto de la evidencia que estaremos recibiendo teniendo en cuenta las leyes procesales que rigen el sistema penal en Chile.

II. CLASIFICACIÓN DE LA EVIDENCIA DIGITAL QUE SE PUEDE SOLICITAR A PROVEEDORES DE SERVICIO Y SU UTILIDAD EN UNA INVESTIGACIÓN PENAL

La información que puede ser solicitada por el ente persecutor como evidencia para una causa penal y que se encuentra en manos de un proveedor de servicios puede ser clasificada en información de suscriptor, información de tráfico y contenido. Es de suma importancia conocer estas categorías para utilizarlas al momento de referirse a cierta clase de información, tanto al

⁸ Respecto a la operatividad de los tratados de derecho internacional como fuente formal del derecho en Chile, ver: Aldunate, Eduardo: “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 2, Talca, 2010, págs. 185 – 210.

momento de realizar la solicitud, como en cualquier etapa del proceso penal, incluso resulta muy relevante en el proceso de formación de las leyes, ya que nuestro legislador generará un lenguaje técnico común uniformado. En este mismo orden de ideas, hay que tener presente que la cibercriminalidad es de carácter transnacional, lo que quiere decir que un delito informático o cometido a través de medios informáticos puede tener su principio de ejecución en un territorio distinto a aquel donde tenga efectos la conducta delictiva, o bien, aunque todos sus componentes se encuentren en un mismo país, puede requerirse obtener evidencia digital de un proveedor de servicios que se encuentra en un país diferente. De hecho, la mayoría de los proveedores que ofrecen servicios de redes sociales y otros servicios en línea se encuentran en el extranjero, razón por la cual la uniformidad en el lenguaje respecto de las clases de evidencia se torna trascendental para poder realizar una solicitud y obtener la información que realmente se está buscando.

A continuación se presentan las clasificaciones de evidencia digital al respecto y su uso:

a) Información de suscriptor:

En el artículo 18 N° 3 del Convenio de Budapest se describe este tipo de información⁹ como “toda información, en forma de datos informáticos o en cualquier otro formato, que posea un proveedor de servicios y esté relacionada con los abonados a dichos servicios, excluidos los datos sobre tráfico y contenido, y que permita determinar su identidad, el período del servicio, dirección postal o geográfica y el número de teléfono del abonado, así como cualquier otro número de acceso, correo electrónico, información sobre facturación y medio de pago, o información relacionada con el abonado adicional que se encuentre en manos de dicho proveedor”. Es decir, se trata de cualquier información que un proveedor de servicios tenga en su poder y que se relacione con los abonados a sus servicios.

Esta información puede servir para conocer servicios adicionales vinculados a un usuario de un proveedor de servicios, como por ejemplo, un correo electrónico alternativo, un número telefónico perteneciente a alguna compañía en específico, entre otros. Además, su mayor relevancia es la capacidad de lograr aproximarse a la identificación de la persona que se

9 Lo cual, teniendo presente que hasta esta fecha el Convenio de Budapest es el único instrumento internacional que trata el tema de la cibercriminalidad, y que ha sido ratificado, hasta ahora, por 72 países puede establecerse como una definición de alta aplicación

encuentra tras el uso del servicio, determinando quién usó una cuenta o realizó ciertos accesos a internet. Esto es de suma relevancia ya que uno de los desafíos que presenta la cibercriminalidad es el anonimato que logran quienes realizan actos delictuales a través de medios tecnológicos, toda vez que en internet no conocemos a las personas físicas que se encuentran tras el computador, pudiendo utilizarse pseudónimos o mecanismos para encubrir la geolocalización de las comunicaciones. En este sentido, la información de suscriptor se torna especialmente relevante, en el proceso de determinación de la identidad de un usuario de internet. Finalmente, esta categoría de evidencia digital puede también incluir información bancaria¹⁰ para el pago de ciertos servicios asociada a un suscriptor, lo que también puede ser necesario en ciertos casos de fraude o bien, también servirá para la identificación eventual de una persona.

Ahora bien, aunque el Convenio de Budapest no lo establece de manera expresa, el Consejo de Europa ha señalado que puede considerarse información de suscriptor los datos relativos a direcciones IP¹¹ relevantes para una investigación en específico, cuando se trata de una dirección IP respecto de un perfil, cuenta de correo electrónico u otro tipo de servicio utilizada en un determinado momento¹². Lo anterior es del todo razonable, ya que, como lo señala la definición antes dada, la dirección IP de acceso es una información que poseen los proveedores de servicios y que dice relación con el abonado, sin ser información de tráfico ni de contenido (ver definiciones más adelante). Además, solicitar a un proveedor de servicios, como por ejemplo al administrador de una red social en internet, la dirección IP mediante la cual un determinado usuario se conectó en una fecha y hora determinada cumple justamente el objetivo de llegar eventualmente a identificar a la persona que usó dicha cuenta.

En el momento en que la Fiscalía obtiene una dirección IP, no se logra la identificación de una persona en específico, sino que de un dispositivo

10 Información bancaria como por ejemplo un número de cuenta o números de una tarjeta de crédito, pero nunca se tratará de información sujeta a secreto bancario.

11 La dirección IP (*Internet Protocol*) es un número que identifica un dispositivo conectado a Internet (desde un computador, un celular, una impresora, etcétera). Los números son únicos, tal como el número telefónico y, por tanto, permite la identificación y la comunicación del dispositivo con otros. Definición obtenida de: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/Como-funciona-internet-ebook.pdf>

12 Discussion paper prepared by the Secretariat in cooperation with T-CY members of the Protocol Drafting Group [en línea]. *Conditions for obtaining subscriber information in relation to dynamic versus static IP addresses: overview of relevant court decisions and developments*. 25/10/2018. Disponible en: <https://rm.coe.int/t-cy-2018-26-ip-addresses-v6/168099388f>

electrónico, y se deberán llevar a cabo una serie de diligencias para avanzar con la investigación:

- Obtenida la dirección IP de conexión realizada por un usuario de un proveedor de servicios, deberá investigarse qué compañía que provee acceso a internet domina dicha dirección IP (lo que sólo será posible si dicha IP no fue ocultada mediante algún programa para que no se logre determinar su verdadera localización).
- Luego, se deberá requerir de información a esta segunda empresa que provee de acceso a internet y que domina dicha dirección IP solicitando se señale quién es la persona que paga o pagó por la utilización de dicha dirección IP para acceder a internet.
- La respuesta de la empresa podrá ser un nombre que permita identificar quién ha contratado servicios de internet, pero que no será necesariamente la persona que utilizó el acceso a internet que es objeto de investigación.
- Será labor de la Fiscalía poder vincular la dirección IP con una persona en específico en base a otras pruebas que pueda recolectar en la investigación.

Es decir, bajo ningún punto de vista obtener información respecto de una IP genera la inmediata identificación de la persona que usó dicha dirección.

Veremos más adelante, cuando se señale el nivel de vulneración de garantías fundamentales que puede resultar al solicitar información de suscriptor, que en la legislación de países como España, Estados Unidos, Alemania, y otros, la Fiscalía puede solicitar la información de IP de acceso con los mismos estándares que pueden solicitar información de suscriptor, es decir, asimilando su nivel de afectación a garantías fundamentales, y desde ya adelantamos que se trata de un nivel de afectación que no logra vulnerar ningún derecho fundamental.

a) Datos de Tráfico:

De acuerdo a la definición de esta categoría de evidencia digital contenida en la letra D del artículo 1 del Convenio de Budapest, los datos de tráfico son cualquier dato informático relativo a una comunicación que se haya transmitido por medio de un sistema informático, que haya sido generado por un sistema informático como elemento de la cadena de comunicación, indicando el origen, destino, ruta, hora, fecha, tamaño y duración de la comunicación o tipo de servicio. En palabras más sencillas, solicitar datos de tráfico es conceptualmente lo mismo que cuando se solicita el tráfico de llamadas entre dos números telefónicos a una compañía, sólo que en este caso ambos terminales de la comunicación son direcciones IP. Es un dato auxiliar

a la comunicación en sí, sirviendo para rastrear el origen y el destino de ella, pudiendo servir para acreditar que efectivamente existió una comunicación entre un transmisor y un receptor o bien, para lograr establecer donde comenzó o terminó una comunicación específica y poder localizarla. Por ejemplo, podremos saber que desde la ciudad de Valdivia se envió un mensaje a través de Internet que se recibió en la ciudad de Barcelona en España, como también el día y hora de dicha comunicación, cuanto duró y mediante que proveedor de servicio se realizó. Pero en internet, el tráfico de datos no sólo existe cuando se realiza una comunicación entre dos personas, sino que dice relación con un registro de todos los accesos que desde una IP se realizan a distintos sitios web, generándose un listado con todas las interacciones que el usuario de una dirección IP tiene en internet, por lo que al solicitar información de tráfico se recibirá dicho listado.

Esta es una situación distinta a aquella descrita respecto a la información IP como información de suscriptor, entregada para identificar a quien se encuentra utilizando un determinado perfil en una red social o una casilla de correo electrónico, al solicitarse por ejemplo la última IP de conexión, o una IP determinada utilizada en un día y hora específica, dado que en el caso de datos de tráfico se obtendrá un listado de conexiones mucho más amplio y que determine el comportamiento del usuario en cuanto entregará información respecto a todas las conexiones que un sistema informático realizó durante un periodo determinado de tiempo.

c) Datos de Contenido¹³:

Finalmente, pueden distinguirse de las dos anteriores categorías de evidencia digital los datos informáticos de contenido, los cuales son datos almacenados en un sistema informático y dicen relación con el contenido mismo de comunicaciones, tales como correos electrónicos, imágenes, videos, música, documentos u otros archivos. Es decir, se trata de todo aquello que el usuario busca transmitir al momento de usar el servicio que suscribe con el proveedor. Solicitar esta clase de evidencia digital a un proveedor de servicios será especialmente relevante cuando no contemos con el dispositivo electrónico de alguno de los sujetos relevantes de la investigación, o en dichos dispositivos no se encuentre la información porque ha sido borrada. Su utilidad en una investigación penal es obvia y no resiste una amplia descripción, los datos de contenido servirán para el esclarecimiento de los hechos que se investigan y para acreditar la responsabilidad penal en caso de que la hubiere.

13 En el caso de los datos de contenido, estos no se encuentran definidos en el cuerpo del Convenio de Budapest, sino que en el reporte explicativo del Consejo de Europa, en la nota de orientación N° 229 sobre el artículo 21 del Convenio. Disponible en: <https://rm.coe.int/16802fa403>

III. FORMAS DE ADQUISICIÓN DE ESTA CLASE DE EVIDENCIA

Ahora bien, la forma de adquisición de cada una de las categorías de evidencia digital que se encuentra en manos de proveedores de servicio, sobre todo cuando dichas empresas se encuentran ubicadas en el extranjero, así como los requisitos para su obtención cumpliéndose los supuestos necesarios para que ésta pueda utilizarse como prueba en el proceso penal es, tanto en Chile como a nivel internacional, un tema que se encuentra en pleno debate.

Tras la adhesión de Chile al Convenio de Budapest, se presentó en nuestro país un proyecto de ley iniciado por Mensaje Presidencial Boletín N° 12.192-25, que se encuentra actualmente en tramitación en el Congreso Nacional y tiene como objetivo establecer nuevas normas sobre delitos informáticos, derogar la Ley N° 19.223 actual y modificar otros cuerpos legales para adecuar nuestra ley vigente a los estándares del Convenio de Budapest. Entre dichas modificaciones se encuentran una serie de modernizaciones al Código Procesal Penal en lo que dice relación con la obtención de evidencia digital, como también entrega al Fiscal Nacional la competencia para definir los estándares de preservación y custodia de los antecedentes de investigación que se encuentren en formato electrónico mediante instrucción general. En el proyecto de ley original no se ocuparon las categorías de evidencia anteriormente descritas, sólo se define y utiliza el concepto de datos relativos al tráfico, a pesar de que como se señaló, si se encuentran en el Convenio que se supone sirvió de fuente para la reforma legal, sin embargo, en el desarrollo que ha tenido la tramitación del boletín N° 12.192-25 se han agregado dichas clasificaciones, estableciéndose su significado en los términos antes planteados como también señalándose los requisitos para su obtención, pero esta es sin duda una definición que podrá sufrir alteraciones toda vez que el proyecto se encuentra aún en discusión. Somos de la idea de la necesidad que estas modificaciones al proyecto de ley se mantengan por razones que se exponen a lo largo de este artículo en cuanto armonización del lenguaje y facilitación de la cooperación internacional.

Por otra parte, actualmente existe debate respecto a los requisitos para la obtención de cada una de estas clases de evidencia al no existir un acuerdo común entre distintos países en cuanto al nivel de vulneración de garantías que puede producir la obtención de estas categorías de evidencia digital por parte del ente persecutor. Este y otros temas, se están actualmente discutiendo en el seno del Consejo de Europa, toda vez que a partir de septiembre del año 2017 el Comité de la Convención de Cibercriminalidad (*Cybercrime Convention Committee o T-CY*) comenzó la redacción de un

Segundo¹⁴ Protocolo Adicional para el Convenio de Budapest, el cual tiene como objetivo regular la adquisición de evidencia digital a través de las fronteras o respecto de la cual se desconoce su ubicación física al encontrarse almacenada en la nube. Este nuevo protocolo adicional busca agilizar los procesos regulares de obtención de evidencia digital a través de requerimiento penal internacional, dado que este proceso puede demorar meses o incluso años, tiempo demasiado prolongado si se tiene en cuenta el nivel de volatilidad que tiene la información de carácter digital al ser fácilmente eliminable. A su vez, el Segundo Protocolo Adicional busca regular la práctica actual de cooperación que se da entre proveedores de servicios y persecutores de distintas partes del mundo, que pueden requerir información de suscriptor a través de contacto directo con las empresas. Al respecto, cabe destacar que Chile al adherir al Convenio de Budapest puede obtener información de suscriptor mediante contacto directo con proveedores de servicios que se encuentren en el extranjero y que ofrezcan servicios en nuestro territorio en virtud de lo establecido en el N° 1 de la letra B del artículo 18 del Convenio.

IV. GARANTÍAS FUNDAMENTALES EN LA OBTENCIÓN DE EVIDENCIA DIGITAL

A continuación, se ofrecen algunas consideraciones que dicen relación con la posibilidad de requerir autorización judicial previa a la obtención de alguna de las tres categorías señaladas de evidencia digital que se encuentra en posesión de los proveedores de servicio, teniendo en consideración el artículo 9 en relación con el artículo 276 inciso tercero ambos del Código Procesal Penal, esto es que se trate de diligencias que vulneren o perturben garantías fundamentales y por tanto, sin haber sido obtenidas con autorización judicial puedan ser excluidas por ser prueba obtenida de manera ilícita. En los próximos párrafos revisaremos cada una de estas categorías de evidencia digital y su relación con el artículo 9 del CPP.

a. Datos de contenido

Respecto a los datos de contenido, no existe discusión en cuanto a que este tipo de evidencia digital sí requiere de autorización judicial previa por parte de la fiscalía para ser obtenida, toda vez que como se señaló anteriormente, al hablar de esta clase de evidencia digital nos estamos

14 El primer Protocolo Adicional al Convenio de Budapest regula la xenofobia y el racismo en la red. Disponible para descarga en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/189>

refiriendo al contenido de correos electrónicos, mensajes, imágenes, videos, música, documentos u otros archivos que una persona haya transmitido a través de internet o que por ejemplo, haya subido a su perfil en una red social, siempre y cuando dicho perfil sea de carácter privado, es decir, que no se trate de un perfil de libre acceso o de una fuente abierta¹⁵. Por lo tanto, su obtención en tanto actuación del procedimiento puede privar, restringir o perturbar al imputado o a un tercero respecto de la garantía establecida en el N° 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, esto es, el derecho fundamental de respeto y protección a la vida privada y asimismo, la protección de los datos personales¹⁶ de las personas. Pero adicionalmente, la obtención de la información de contenido podría vulnerar el derecho fundamental consagrado en el N° 5 del artículo 19 de la Constitución, esto es, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, dado que podrían solicitarse correos electrónicos o mensajes privados que también son datos de contenido. En este sentido, al requerir datos de contenido en una investigación penal, se deberá siempre solicitar autorización previa al Juez de Garantía que se encuentre conociendo de la respectiva causa en base al ya citado artículo 9 del Código Procesal Penal, como también al artículo 218 del mismo cuerpo legal cuando se soliciten datos de contenido que correspondan a mensajes o correos en formato electrónico al ser estos una forma de correspondencia.

15 Por datos que se encuentran en una fuente abierta se entiende aquella información que podemos ver o acceder fácilmente porque está a disposición pública y que quién ha compartido a través de Internet no ha resguardado con ninguna medida de seguridad como podría ser, por ejemplo, una clave de acceso. En este sentido, la información que se encuentra en fuentes abiertas no requiere de ninguna autorización judicial previa para ser utilizada en una investigación penal. Nuestra jurisprudencia así lo ha señalado en variadas ocasiones, comparando y haciendo equivalente la información publicada en perfiles públicos de redes sociales con *“aquel contenido puesto en un blog o en un aviso de venta efectuado a través de un sitio web, donde el usuario acepta que lo publicado pueda ser conocido por cualquiera que tenga acceso a internet”* (Corte Suprema 27.02.2017 (Rol N°3-17/ RUC N° 1501232960-9), perdiéndose toda expectativa razonable de privacidad sobre dicha información. Al respecto se pueden revisar las siguientes sentencias: Corte Suprema, 8.11.2018 (Rol N° 16.921-2018/ RUC N° 1700914265-7); Corte Suprema 28.02.2018 (ROL N° 1.067-2018/ RUC N° 1600853365-6); Corte Suprema 27.02.2017 (Rol N° 3-17/ RUC N° 1501232960-9); fallo del 3° TOP de Santiago de fecha 05.07.2019 en causa RUC N° 1810021625-2, este último respecto a perfiles parcialmente públicos y parcialmente privados.

16 Los datos personales fueron agregados al N°4 del artículo 19 de la Constitución mediante la Ley N° 21.096 de 18 de junio del año 2018. La definición vigente de dato personal en Chile se encuentra en la letra F del artículo 2 de la Ley N° 19.628 de 17 de febrero de 2012 que establece: “f) Datos de carácter personal o datos personales, los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”.

Fura de la clasificación propia de la evidencia digital, existen otras medidas en el derecho tradicional que se encuentra contenido en el Código Procesal Penal, y que también tiene como referencia contenido comunicativo. Este es el caso de la interceptación de comunicación que se encuentra regulada en el artículo 222 del Código Procesal Penal, donde se establecen las condiciones necesarias para que se autorice una interceptación de comunicaciones. Al solicitar a proveedores de servicio que entreguen datos de contenido de alguno de sus usuarios en específico se solicita información que dichos proveedores de servicios tienen almacenados en sus servidores informáticos, no pudiendo entregar la información si antes de la solicitud esta ya había sido eliminada¹⁷. Al contrario, la interceptación de comunicaciones que se regula en el artículo 222 del CPP supone la obtención de una comunicación en tiempo real, es decir se conoce una comunicación al mismo tiempo en que ella está ocurriendo, lo cual es distinto a la solicitud de datos de contenido de la cual estamos tratando en este artículo. Así, la interceptación de comunicaciones tiene un mayor grado de vulneración de garantías fundamentales, dado que mediante ella se está obteniendo información sobre el presente de las personas investigadas, pudiendo realizarse acciones sobre el futuro, interviniendo en los planes que los imputados señalen, pudiendo vigilarlos y tomando acción en ellas. Por lo anterior, el artículo 222 del CPP tiene requisitos adicionales asociados a la gravedad de la pena que no tiene el artículo 218 del CPP y que no son necesarios al solicitar datos de contenido almacenados.

b. Datos de tráfico

Ahora bien, en cuanto a la obtención de datos de tráfico, recordemos que de acuerdo con la definición señalada precedentemente se trata de cualquier dato relativo a una comunicación o bien, algún elemento de la cadena de una comunicación realizada mediante sistemas informáticos. Al respecto, y en cuanto a la posible vulneración de garantías fundamentales respecto de la obtención de esta categoría de evidencia digital, es posible traspasar a este ámbito la discusión que en similares términos se ha dado en lo que respecta a la solicitud de tráfico de llamadas a las compañías de telecomunicaciones. Esto es, si el conocer quién es el emisor y receptor (o receptores) de una comunicación de carácter privada vulnera en algún grado la garantía fundamental establecida en el N° 5 del artículo 19 de la Constitución. En otras palabras, si el derecho

17 Existen distintas razones por las cuales un proveedor de servicios puede haber borrado información de sus servidores al momento en que se realiza una solicitud, pudiendo deberse al cumplimiento de leyes sobre protección de datos que se le son aplicables y que prohíben la retención masiva de datos o bien por consideraciones económicas dado que es un costo almacenar grandes cantidades de información por lo que los servidores van eliminando los datos después de cierto tiempo.

constitucional reconocido por nuestra carta fundamental respecto de la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada es, o no, una garantía que contempla la protección no sólo del contenido de cualquier comunicación privada sino que además, respecto de quién es el emisor o receptor de una comunicación y si estos se han comunicado entre sí.

Como argumento en contra, es decir, para señalar que el derecho fundamental establecido en el N° 5 del artículo 19 de la Constitución protege el contenido de las comunicaciones privadas sin alcanzar a la determinación del emisor y receptor de dicha comunicación, se puede utilizar como ejemplo la correspondencia postal, primera forma de comunicación privadas que inspiró la protección constitucional que se comenta. En este sentido, una correspondencia postal no priva a terceras personas de tomar conocimiento respecto de quién es el emisor y receptor de una determinada correspondencia epistolar, toda vez que tanto el remitente como el receptor de la carta aparecen en el sobre de la correspondencia para poder ser ésta llevada a su destino, a la vista de cualquier persona. Por lo tanto la protección de la comunicación es sólo respecto de aquello que se encuentra dentro del sobre, es decir, del contenido de la comunicación.

Sin embargo, la mutación de las formas de comunicación (de correspondencia postal a comunicación telefónica, comunicación vía mensajes de texto y ahora por distintas plataformas informáticas y mediante internet) y la variación que ha tenido la redacción de este derecho fundamental actualmente consagrado en el N° 5 del artículo 19 de la Carta Fundamental, pasando de proteger expresamente la correspondencia epistolar a “toda forma de comunicación privada” ha sido utilizado como argumento a favor del alcance de la garantía fundamental a la determinación del emisor y receptor y del hecho de haberse comunicado entre sí.

Creemos que en el caso de solicitar información de tráfico IP debiese aceptarse su requerimiento por parte del Ministerio Público sin autorización judicial previa, teniendo presente que una comunicación entre dos sistemas informáticos (por ejemplo dos computadores) no es lo mismo que una comunicación privada entre dos personas que se mantiene por teléfono, ya que por el hecho de tener la información de tráfico de que dos computadores estuvieron conectados entre sí a una determinada hora, no significa que se conozca que se realizó una conexión, por ejemplo, a través de correo electrónico, sino sólo que hubo una conexión entre dos dispositivos electrónicos, la que además podría ser involuntaria. Nuevamente, al igual que como se señaló respecto de la información de suscriptor anteriormente, la Fiscalía deberá obtener otras pruebas para poder probar que existió comunicación entre personas. De todas formas, para aquellos que aceptan el hecho de que la privacidad de las comunicaciones en tanto

derecho constitucional abarque también emisor, receptor y el hecho de haberse comunicado entre sí y que, también se trata de una comunicación la interacción entre dos dispositivos electrónicos, entonces de acuerdo con los artículos 9 y 218¹⁸ del Código Procesal Penal deberá solicitarse autorización

18 Sobre este punto, Daniel Álvarez Valenzuela, en su libro *La Inviolabilidad de las Comunicaciones Privadas Electrónicas*, Santiago de Chile, LOM ediciones, de marzo de 2019, al igual que su texto “Privacidad en Línea en la Jurisprudencia Constitucional Chilena”, publicado en *Revista de Derecho Público*, N° 89, Santiago de Chile, año 2018, establece respecto de los datos de tráfico, a propósito de la navegación por internet, un estándar bastante superior para su adquisición por parte del Ministerio Público para una investigación penal en particular. Señala que “la única norma que autoriza expresamente el acceso a los datos de tráfico de una persona está contenida en el artículo 222 del Código Procesal Penal”, agregando que de no cumplirse con los requisitos que dicho artículo establece para que el Juez de Garantía autorice una interceptación de comunicaciones, el Ministerio Público no puede acceder a los datos de tráfico. Es decir, según el planteamiento de Álvarez, el Ministerio Público sólo puede acceder a los datos de tráfico cuando se cumplan los requisitos de que existan fundadas sospechas de la comisión o preparación de un hecho que merezca pena de crimen, y que la investigación lo hiciera imprescindible. Por lo tanto, según este planteamiento, acceder a los datos de tráfico para la investigación penal de ciertos hechos tendría un estándar mayor que acceder al contenido de comunicaciones, como por ejemplo al contenido de un correo electrónico. Nos parece que Álvarez hace una interpretación errada del artículo 222 del Código Procesal Penal, que establece el requisito de que el delito investigado tenga pena de crimen para que el Juez competente autorice la interceptación de comunicaciones, esto es, la escucha de comunicaciones que se llevan a cabo en tiempo real. El artículo 222 CPP no se refiere a la adquisición de datos de tráfico, esta adquisición no se encuentra expresamente regulada en nuestro ordenamiento. Lo que regula el artículo 222 CPP al mencionar los datos de tráfico es la obligación para las empresas de telecomunicaciones de mantener un registro actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados, por un período no inferior a 1 año. El mismo artículo señala que el registro señalado tiene como objetivo dar cumplimiento a la medida judicial que permite la interceptación de comunicaciones, pero esto no debe confundirse con la obtención de datos de tráfico como evidencia, porque como se señaló, esta norma no establece los requisitos para solicitar datos de tráfico. Es más, el artículo 222 CPP respecto del registro de direcciones IP establece expresamente que este estará “a disposición del Ministerio Público”, sin mencionar ninguna necesidad de autorización judicial previa para acceder a dicho registro, descartándose así la tesis de Álvarez.

Por otra parte, Álvarez también sostiene que “las empresas de telecomunicaciones que almacenan los datos de tráfico debieran exigir siempre, para salvar su responsabilidad civil y probablemente penal, el cumplimiento de los requisitos señalados (refiriéndose a los requisitos del artículo 222 CPP) y negarse a entregar la información cuando no se compruebe su estricta acreditación”, es decir, según Álvarez, cuando un proveedor de servicios reciba un requerimiento de información de datos de tráfico por parte de un Fiscal, acompañando autorización judicial previa otorgada por un Juez de Garantía, el proveedor de servicios debe evaluar la resolución dictada por el Tribunal y establecer si este razonó y ponderó de forma correcta dicha autorización judicial, juzgándola e incluso negándose a ella si no le parece lo suficientemente razonable. Pero este planteamiento es contrario al artículo 14 del Código Orgánico de Tribunales que establece que

previa al Juez de Garantía competente para obtener la información de datos de tráfico de proveedores de servicio¹⁹,

c. Información de suscriptor

Finalmente, en base a la clasificación de evidencia digital señalada anteriormente en este artículo, queda referirnos a la información de suscriptor, que recordemos, en el Convenio de Budapest se define como toda información que se encuentre en poder de un proveedor de servicios y esté relacionada con los abonados a dichos servicios, excluidos los datos sobre tráfico y contenido,

es competencia de los Juzgados de Garantía asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo con la ley procesal penal (y por contrapartida no a los particulares), como también el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil que establece el delito de desacato, estableciendo la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo para quien quebrante lo ordenado a cumplir por resolución judicial.

Puede que el planteamiento de Álvarez diga relación con el temor que existe respecto del tratamiento sistematizado de datos, al respecto Álvarez señala que la información de tráfico “permite construir perfiles de uso de determinada plataforma o servicio de cada usuario. Además, posteriores tratamientos de datos personales o cruces de datos permiten identificar hábitos, tendencias políticas, orientación sexual, opinión religiosa, etcétera, información cuya utilización indebida podría afectar el derecho a la vida privada de sus titulares, entre otros derechos”. Lo anterior, podría ser un temor fundado respecto de las compañías que ostentan esta información y pueden comercializarla, pero no dice relación con el trabajo que realiza la Fiscalía, cumpliendo con su mandato constitucional de dirección exclusiva de la persecución penal respecto de hechos que podrían ser calificados como delitos, tanto para su acreditación como tal o bien para probar la inocencia del imputado (Art 83 de la Constitución Política de la República, como también en la Ley N° 19.640 Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público). No parece razonable pensar que el Ministerio Público requiere información para la realización de perfiles de los usuarios en internet en base a la información de tráfico, por lo que la limitación del uso y abuso de datos de tráfico que propone Álvarez debiese focalizarse en los privados. No tiene sentido respecto de la Fiscalía que no solicita bases de datos respecto del tráfico, sino que los requiere para poder investigar causas penales específicas y elementos de comunicaciones precisas de sujetos específicos. Si se niega esta posibilidad a la Fiscalía y se le aplican estándares que ni a los privados se les exige, se construye en internet un espacio propicio para el ciberdelito. Sobre lo anterior, se debe tener presente la Política Nacional de Ciberseguridad de Chile que incluye al Ministerio Público como actor relevante en la materia, señalando como rol de la institución: dirigir la persecución penal y ejercer la acción penal pública, y agregando que el Ministerio Público es un organismo autónomo, cuya función es dirigir la investigación de los delitos, llevar a los imputados a los tribunales, si corresponde, y dar protección a víctimas y testigos (Política Nacional de Ciberseguridad disponible en: <https://www.ciberseguridad.gob.cl/media/2017/05/PNCS-CHILE-FEA.pdf>).

19 Al respecto, ver sentencias que han incluido los datos de tráfico dentro de la protección constitucional de inviolabilidad de las comunicaciones privadas: Sentencias del Tribunal Constitucional: Rol N° 2153-2011, Rol N° 2246-2012.

y que permita ir determinando su identidad. Adelantamos que se trata de una categoría de evidencia digital que no requeriría de autorización judicial previa para su obtención, porque no estaríamos en presencia de una forma de comunicación privada, por lo tanto, no se trata de información que se encuentra resguardada por el derecho constitucional establecido en el N° 5 del artículo 19 de la CPR y respecto al derecho constitucional que se señala en el N° 4 del artículo 19 de la CPR, esto es el respeto por la vida privada, cabe preguntarse si se puede tener una razonable expectativa de privacidad sobre datos que nosotros mismos como usuarios entregamos a los proveedores de servicios para poder hacer uso de plataformas en internet, casillas de correos electrónicos, u otros servicios ofrecidos. La información de suscriptor que tienen los proveedores de servicios sobre los usuarios son datos que nosotros voluntariamente entregamos, sin necesariamente tener claridad de por qué el proveedor de servicios nos solicita cierta información, e incluso sin saber que uso les dará a dichos datos. En este mismo sentido, suele pasar que cuando en una investigación dirigida por un fiscal del Ministerio Público se pide información de suscriptor como diligencia investigativa, la respuesta no es de real utilidad porque el usuario ha otorgado datos falsos al proveedor de servicios, por ejemplo un nombre ficticio, un correo electrónico alternativo ficticio, entre otros. Incluso aunque el usuario entregue información fidedigna respecto a si mismo, la información de suscriptor no permite realizar conclusiones respecto a la vida privada de una persona, por lo tanto, en el acceso a dicha clasificación de evidencia digital no puede entenderse que existe una vulneración al derecho a la privacidad, a un nivel en que pueda limitarse la persecución penal²⁰.

Ante una falta de regulación expresa en la materia en nuestro ordenamiento jurídico nacional, resulta útil analizar la forma de regulación que existe en otras legislaciones, donde comúnmente se ha considerado que la obtención de información de suscriptor no vulnera garantías fundamentales. Así, existen una serie de países que han optado por legislar de forma expresa la capacidad de obtención de información de suscriptor por parte de quien realice una investigación penal de acuerdo a las leyes internas del respectivo país, sin autorización judicial previa, entregando claridad a todos quienes son partes del proceso penal.

20 Al respecto ver pronunciamiento de la Corte de Justicia de la Unión Europea, Caso C-207/16 de 2018, respecto del fallo previo de la Corte de Apelaciones de la Provincia de Tarragona apelado por el Ministerio Fiscal de España. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=206332&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=945817>

De esta forma, la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre de 2015, que modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica de España, establece en su artículo 588 ter m. respecto de la identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad, que el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial que requieran conocer la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación, o, en sentido inverso, precisen el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación, podrán dirigirse directamente a los prestadores de servicio de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, quienes deberán responder de forma obligatoria o incurrirán en el delito de desacato. A pesar de lo anterior, la misma ley española señala en su artículo 588 ter k. que respecto de la identificación mediante número IP los agentes de la Policía Judicial deberán solicitar autorización al Juez de Instrucción para solicitar los datos que permitan la identificación y localización del terminal o dispositivo de conectividad y la identidad del sospechoso. Es decir, se hace una distinción únicamente respecto de aquellos casos donde a partir de una dirección IP se quiera solicitar otros datos de la persona que se ha abonado a acceso a Internet y se le ha otorgado dicha dirección IP, cuando la solicitud se haga por agentes de la Policía.

Por otra parte, también la legislación de Estados Unidos permite la adquisición de información de suscriptor sin autorización judicial previa, estableciéndose en la ley federal estadounidense de almacenamiento de datos (“Stored Communications Act”, SCA), 18 USC, secciones 2701-2712, que se necesita un requerimiento válido emitido por una entidad gubernamental (no judicial) en relación con una investigación criminal oficial para exigir la revelación de datos básicos del suscriptor (definidos en 18 USC, sección 2703(c)(2)), entre los que se pueden incluir: nombre, duración del servicio, información de la tarjeta de crédito, direcciones de correo electrónico y cualquier dirección IP de inicio o cierre de sesión reciente, si están disponibles.

Finalmente, otro ejemplo de legislación comparada es el caso de Alemania, que establece en su ley nacional de telecomunicaciones (Telekommunikationsgesetz, TKG), en los artículos 111 al 113 la normativa que aplica respecto de la información de suscriptor, señalando en el artículo 113 que los proveedores de servicios (tanto públicos como privados) pueden entregar información a las autoridades de fuerzas policiales²¹, autoridades responsables de la seguridad pública, como también servicios de inteligencia, e incluye expresamente que

21 La norma se refiere a: “*autoridades responsables del cumplimiento de la ley, seguridad pública, como también servicios de seguridad e inteligencia*”

dicha información de suscriptor contempla datos de dirección IP utilizadas en un momento determinado en el tiempo, señalando incluso que para poder entregar dicha información relativa a la IP el proveedor de servicios puede buscar el dato requerido en su base de datos de información de tráfico.

c.i. Dirección IP estática vs dirección IP dinámica

Cómo hemos venido señalando en este artículo, la solicitud de datos de suscriptor a un proveedor de servicios es una diligencia que puede tener utilidad en toda clase de investigaciones, sea en la persecución de delitos contra sistemas o datos informáticos, delitos cometidos a través de medios informáticos o delitos respecto de los cuales se encuentra disponible evidencia digital para su acreditación, sobre todo teniendo en cuenta que la dirección IP desde la cual se realizó un acceso en específico es considerada información de suscriptor, por lo que puede solicitarse directamente a un proveedor de servicios como una de las primeras diligencias de investigación. Sin embargo, en el ámbito internacional han surgido dudas respecto a la clasificación de la dirección IP en cuanto es o no información de suscriptor, al realizar la distinción entre una dirección IP estática y una dirección IP dinámica. La dirección IP que se asigna de forma estática a un suscriptor de Internet se asigna mientras exista el contrato de servicio, así dicho abonado siempre usará la misma dirección IP para conectarse a Internet, sin importar la día y hora en que decida conectarse. Sin embargo como las combinaciones numéricas para las direcciones IP no son infinitas y el número de usuarios de Internet crece cada vez más, los proveedores de servicios comenzaron a asignar las direcciones IP de manera dinámica, lo que quiere decir que una misma dirección IP puede ser usada por una multiplicidad de usuarios de Internet, ya que una dirección IP es asignada a un abonado sólo mientras dura su conexión a Internet, por eso, para solicitar la información de suscriptor asociada a una dirección IP dinámica el fiscal deberá pedirla señalando un día y hora en específico, de lo contrario, podría entregarse la información IP utilizada por otro usuario del servicio. Atendida esta diferencia entre ambos tipos de direcciones IP, existe una serie de jurisprudencia en otros Estados que han establecido que la dirección IP dinámica, en realidad, correspondería a datos de tráfico, porque hay quienes señalan que frente a una solicitud de estas características, para poder encontrar la dirección IP específica solicitada, el proveedor de servicios deberá buscar entre información de tráfico IP, vulnerándose el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas²².

22 A modo de ejemplo: si al momento de contratar internet la empresa de telecomunicaciones me asigna una dirección de IP estática, cada vez que me conecte a internet usaré la misma dirección IP hasta que decida terminar mi contrato con dicha empresa. En cambio, si me asignan una dirección de IP dinámica, cuando me conecte a internet para mandar un correo

A continuación se señala brevemente alguna de la jurisprudencia europea que ha fallado en este sentido, agregándose además ciertas consideraciones importantes para tener respecto a las diferencias con la realidad que se presenta en Chile dada la conformación de nuestro ordenamiento jurídico.

Corte constitucional de la República Federal de Alemania, respecto a la constitucionalidad del Telecommunications Act, a través de la decisión (1BVR 1299/05) en enero del año 2012

El Tribunal Constitucional Alemán se pronunció respecto a la constitucionalidad de las normas señaladas anteriormente en este artículo (artículos 111 a 113 del Telecommunications Act). Al respecto el Tribunal, distingue entre la IP estática y dinámica, pero no asimila esta última a los datos de tráfico, aunque reconociendo que en el caso de la dirección IP dinámica efectivamente se podría vulnerar el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones por el hecho de que el proveedor de servicios requerido necesitará analizar datos de tráfico para poder encontrar la IP dinámica que se solicita. Lo anterior es interesante, porque la inviolabilidad de las comunicaciones no se da, según el Tribunal Constitucional Alemán, porque la dirección IP dinámica sea un dato de tráfico, sino que por el proceso que debe realizar el proveedor de servicios ante este tipo de solicitud, esto es, buscar la información de IP dinámica requerida entre los demás datos de tráfico del usuario. La solución que frente a este pronunciamiento del Tribunal Constitucional tomó el Gobierno Federal Alemán fue enmendar su Código de Justicia Criminal, agregando el artículo 100.j, que establece que los proveedores de servicio pueden entregar información de suscriptor a las fuerzas policiales, pero si se trata de una IP dinámica, entonces la persona respecto de la cual se

electrónico durante la primera semana del mes tendré una dirección IP distinta a cuando me conecte durante la última semana del mes a navegar por internet. Llama la atención esta aproximación, ya que la vulneración al derecho fundamental de la inviolabilidad de las comunicaciones no viene dada por la entrega de la información de suscriptor sino que por el proceso de búsqueda de la información que debe realizar el proveedor de servicios ante una solicitud de estas características. Sin embargo, parece poco probable que dicha búsqueda se haga realmente de forma manual, hace más sentido que las empresas proveedoras de servicios hagan correr su base de datos para poder obtener la información solicitada respecto de una dirección IP dinámica, caso en el cual es dudoso que exista una vulneración del derecho constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Por otra parte, también es relevante señalar respecto a la IP dinámica que puede ser asignada a una persona por un tiempo prolongado, es decir, no necesariamente para cada comunicación, sino que durante un período de tiempo determinado, asemejándose entonces a la IP estática, como también, que los dispositivos pueden conectarse de forma autónoma a internet y usar una IP dinámica, donde parece poco sensato hablar de un derecho a inviolabilidad de las comunicaciones ya que no se trata de una conexión voluntaria de un individuo, es más, puede ni conocer que su dispositivo se conectó automáticamente a internet.

ha solicitado dicha información debe ser notificada siempre y cuando esto no ponga en riesgo la investigación penal.

Caso Spencer, Corte Suprema de Canadá (2014 SCC 42), año 2014

La policía canadiense identificó a un sujeto, de apellido Spencer, quien había transmitido a través de internet imágenes de pornografía infantil, a través de la dirección IP utilizada por el sujeto para acceder a Internet, al solicitar la policía a un proveedor de servicios información de suscriptor, sin previa autorización judicial. La Corte Suprema de Canadá señaló que algún grado de anonimato es reconocido a las personas cuando realizan una navegación por Internet, por lo tanto, la información de suscriptor en este caso, atendiendo las demás pruebas de la investigación, vulnera dicho anonimato, al ser la única prueba que logró dar con la identidad del imputado. En este sentido, la Corte estimó que existió una vulneración al derecho a la privacidad y, por tanto, se requería autorización judicial previa de las policías para obtener dicha información. Sin embargo, la Corte Suprema también determinó que, dada la gravedad de los hechos investigados, no excluiría la prueba respecto de la IP utilizada por Spencer, dado que infringiría la correcta administración de justicia toda vez que la comisión de un delito grave no debiese quedar impune. La Corte entonces, hace un balance de proporcionalidad, permitiendo la prueba para la acreditación de los hechos al tener en consideración la gravedad de la conducta y el bien jurídico protegido por el delito. Ahora bien, este caso no puede extrapolarse a la realidad de Chile toda vez que de acuerdo con el artículo 79 del Código Procesal Penal las policías tienen el carácter de auxiliar del Ministerio Público en las tareas de investigación, es decir, siempre investigarán previa instrucción del fiscal, de hecho sólo podrán actuar sin orden previa del fiscal en las excepcionales circunstancias establecidas en el artículo 83 del Código Procesal Penal. De acuerdo al artículo 3 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, deben actuar siempre apegados al principio de objetividad, esto es, investigar con el fin de esclarecer los hechos sea que estos demuestren la culpabilidad o inocencia del imputado. Así en la investigación realizada por Fiscalía, existe un control jurídico-estatal de las investigaciones policiales²³. El caso Spencer es distinto a nuestra realidad nacional, no pudiendo compararse la labor de la policía de un sistema jurídico anglosajón como el de Canadá con el rol que la ley le otorga a las policías en Chile, por lo que si bien este caso resulta interesante en términos de modo de investigación del delito, no puede servir de argumento a aquellos que quieran establecer que en nuestro sistema jurídico la información de suscriptor debiese

23 Al respecto ver, Ambos, Kai. *Control de la Policía por el Fiscal versus Dominio Policial de la Instrucción*. En Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

ser considerada como una categoría de evidencia digital que vulnera garantías fundamentales con su obtención.

Tras la descripción de la problemática y la forma de solución en distintas jurisdicciones, cabe finalizar señalando los siguientes argumentos para sostener que la información de suscriptor, no infringe garantías constitucionales y por lo tanto puede ser solicitada directamente por la Fiscalía a un proveedor de servicios, atendido el marco jurídico actual:

Como ya se describió, la información de suscriptor no es un tipo de comunicación privada, sino que se trata de información relacionada con una persona que ha contratado un servicio. Tampoco infringe el derecho a la privacidad toda vez que no permite realizar conclusiones respecto a la vida privada de una persona y, además, la persona no puede tener una razonable expectativa de privacidad sobre esos datos cuando los entrega voluntariamente a una empresa. Si se entregan dichos datos a una empresa sin saber qué hará con ellos o con quién los compartirá, no existe una cautela de la privacidad por la persona dueña de los datos.

Por otra parte, algo ya se señaló respecto al rol del Ministerio Público. No estamos hablando de la obtención por parte de cualquier persona de los datos de suscriptor de un abonado, por el contrario, se trata del cumplimiento por parte de la Fiscalía de su labor establecida por la Constitución Política de la República, la Ley Orgánica del Ministerio Público y el Código Procesal Penal. La persecución penal realizada por el organismo autónomo que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido como responsable no puede tener mayores trabas que las empresas privadas que procesan datos personales para acceder a la información cuando se trata de una investigación particular de hechos, donde se solicita información precisa que tiene que ver justamente con la acreditación de lo acontecido. Así, cuando la Fiscalía “no sale a pescar” información, sino que, circunscribe sus requerimientos de información cumpliendo con los requisitos legales, no puede imponérseles estándares respecto de la información que los privados no tienen. De esta forma, ha sido el mismo legislador quien ha otorgado al Ministerio Público la finalidad de investigar y las herramientas para ello, en el entendido de asegurar la persecución penal a través de las normas del debido proceso.

Es necesario tener presente que la solicitud de información de suscriptor en una investigación penal es una de las primeras diligencias que se deben realizar en una multiplicidad de casos, donde la única evidencia que se tiene es algún correo electrónico o un mensaje publicado en internet. Es más, en muchas causas no es sólo la primera diligencia, sino que la única diligencia posible para comenzar la investigación, con el objeto de que ésta no sea archivada por el Fiscal. En este sentido, la solicitud de dicha clase de evidencia digital cumple con un criterio de necesidad, siendo una diligencia requerida al no tener otra vía para obtener dicha información (esto es, la identificación de una persona o al menos comenzar a identificarla) a través de otros medios.

Finalmente, respecto a la discusión señalada para la distinción de estándares de obtención respecto a la IP estática y la IP dinámica, cabe agregar que la dirección IP dinámica aparece como una solución ante la falta de direcciones IP disponibles, lo anterior bajo el sistema de la IPv4, esto es la versión 4 de direcciones IP actualmente utilizada en nuestro país, pero que será prontamente suplida por la IPv6 que ya se encuentra disponible en otros países, y que otorga un mayor número de rangos de direcciones IP por lo que se supone no serán necesarias las IP de tipo dinámicas. Si esto es así, y pasamos a tener IPv6, el problema antes planteado será solucionado de forma que la IP será siempre estática y por lo tanto no habrá dudas respecto a considerarla información de suscriptor sin posibilidad de asemejarla al estándar de la información de tráfico porque nada tendrá que ver con el derecho de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

V. CONCLUSIONES

Para terminar, este trabajo tuvo como objetivo analizar la evidencia digital que se puede requerir de los proveedores de servicio para una investigación penal:

- La obtención de evidencia digital es transversal para cualquier clase de delito que se investigue, de ahí su relevancia y utilidad respecto de la persecución penal.
- Gran parte de la evidencia digital que sirve para la acreditación de hechos en cualquier clase de investigación podremos solicitarla a proveedores de servicios, razón por la cual es necesario conocer qué entenderemos por proveedor de servicio y a quiénes incluye, como también la clasificación entregada sobre evidencia digital. Como se señaló, existe consenso respecto a qué es la información de suscriptor, los datos relativos al tráfico y los datos de contenido, por lo que utilizar dicha clasificación al momento de solicitar información, como también durante el proceso penal genera la posibilidad de una mejor comunicación. En este sentido, sería útil que nuestro legislador también adopte estas clasificaciones al momento de crear la ley.
- En principio, nadie ha cuestionado la vulneración a garantías fundamentales que existe en la obtención de datos de contenido, creemos que los datos de tráfico no necesariamente ni en todos los casos son una comunicación en los términos de la garantía del N° 5 del artículo 19 de la Constitución, y que la información de suscriptor incluyendo la dirección IP estática y dinámica puede ser obtenida directamente por el Fiscal sin previa autorización judicial. Sin embargo, no debemos olvidar la necesaria ponderación que debe existir en cada caso concreto para tomar este tipo de decisiones. Siendo ejemplo de lo anterior el señalado caso Spencer, donde dadas las particularidades de la prueba en ese caso concreto se estimó que podía existir vulneración a la vida privada tras la obtención de la dirección de IP dinámica, teniendo en cuenta el resto de la prueba recabada en dicho caso concreto.

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE “TRÁFICO DE ARMAS” TIPIFICADO EN EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY Nº 17.798

Karen Guzmán Valenzuela¹

El Estudio Global sobre el Homicidio publicado en julio de 2019 por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) concluye que, al menos el 54% de los homicidios cometidos durante el año 2017 en el mundo ocurrieron con armas de fuego². En este mismo sentido, algunos estudios indican que las nuevas formas de expresión de la violencia evidencian que el uso de armas de fuego es un patrón común³.

Algunos investigadores⁴ han analizado el origen y acceso a las armas de fuego por parte de la población. García Pinzón señala como fuentes de desvío de armas: el robo a unidades militares y policiales; la venta de armas del inventario policial o militar por elementos corruptos de las Fuerzas Armadas o policiales; la venta de material excedente por parte de elementos corruptos de las Fuerzas Armadas o policiales; el robo a propietarios legales (individuos y empresas de seguridad privada); el robo de armas incautadas; el tráfico por medio de coleccionistas; la venta de armas desde países productores (Brasil y Argentina) a otros países y el regreso de este material a dichos países a causa de desvíos en los países compradores y la triangulación

- 1 Abogada Asesora de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 UNODC, *Estudio Global sobre el Homicidio*. Viena, Austria, 2019, p. 77. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/gsh/Booklet_3.pdf.
- 3 ÁLVAREZ VELASCO, Carla. “Armas pequeñas y países pequeños: armas de fuego en la agenda de seguridad internacional”. En: *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, Núm. 55, 2016, Quito, Ecuador, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, [págs. 139-159], p. 140.
- 4 Entre otros: OTAMENDI, Alejandra. “Las armas de fuego en América Latina: Tiempo de balance”. En: URVIO, *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, Núm. 10, noviembre, Quito, Ecuador, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2011, págs. 7-13. GARCÍA PINZÓN, Viviana. “Violencia y tráfico de armas pequeñas y ligeras en el Cono Sur”. En: *El prisma de las seguridades en América Latina. Escenarios regionales y locales*. Argentina, Buenos Aires, CLACSO, 2012, págs. 217-236.

de armas importadas previamente de manera legal por un país dentro de la región⁵⁻⁶⁻⁷.

Según estadísticas del Ministerio del Interior y Seguridad Pública de Chile, las denuncias por infracciones a la Ley de Control de Armas han tenido un aumento sostenido desde el año 2010⁸. El mismo patrón se observa en las estadísticas del Ministerio Público de Chile⁹.

5 GARCÍA PINZON, ob. cit., págs. 226 y 227.

6 León-Escribano y Aguirre Tobón distinguen respecto al origen de las armas para el caso de Colombia y Guatemala: i) las armas excedentes de conflictos armados, especialmente de Centroamérica, pero también las armas de fuerzas paramilitares que no fueron completamente entregadas luego de procesos de desarme, desmovilización y reintegración y que están siendo utilizadas por “neoparamilitares” en Colombia (Aguirre Tobón); ii) el desvío de arsenales de armas de las fuerzas de seguridad del propio país o de otros países, algunas de las cuales estaban destinadas a la destrucción, habían sido incautadas en ilícitos o eran utilizadas como medio de trueque por otro equipamiento, pero por falta de controles y connivencia de las fuerzas de seguridad terminan alimentando el mercado ilegal de armas (De León-Escribano); iii) las armas provenientes de las redes internacionales de traficantes de armas, donde los países de la región muchas veces actúan de puente o zona de tránsito; iv) las armas de fuego legales, filtradas al mercado ilegal, ya sea por la sustracción de las mismas a agentes de seguridad privada, transacciones entre intermediarios legales y compradores ilegales a través de certificados apócrifos o provenientes de la pérdida, robo o vencimiento de licencias de armas adquiridas legalmente; y v) las armas de fabricación artesanal. Citadas por OTAMENDI, Alejandra. “Las armas de fuego en América Latina: Tiempo de balance”. En: URVIO, *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, Núm. 10, Quito, Ecuador, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2011, p. 10. En Chile, se refiere al punto: VILLEGAS DÍAZ, Myrna. “La Ley N° 17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N° 20.813”. En: *Política Criminal*, Volumen 14, N° 28, Diciembre 2019, Art. 1, [págs. 1-53], págs. 30 y 31.

7 Algunas de las situaciones descritas por estas autoras son plenamente aplicables a Chile: La Tercera, Una de cada tres armas incautadas habría ingresado ilegalmente al país, 25 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/una-tres-armas-incautadas-habria-ingresado-ilegalmente-al-pais/220201/> [fecha de consulta: 28 noviembre 2019]. Asimismo: <https://www.radioagricultura.cl/nacional/2018/11/24/el-nuevo-escandalo-que-remece-al-ejercito-el-trafico-de-armas.html> [fecha de consulta: 28 noviembre 2019] y https://www.chvnoticias.cl/sucesos/pdi-desarticulo-banda-que-vendia-armas-a-delinquentes_20170112/ [fecha de consulta: 28 noviembre 2019]. Citados por VILLEGAS, ob. cit., págs. 16 y 30. También: VILLEGAS DÍAZ, Myrna. “Corrupción y criminalidad organizada. Aproximaciones al terrorismo, contraterrorismo y tráfico de armas”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 28, 2018, [págs. 51-76], págs. 70-72.

8 Denuncias en todo Chile por infracciones a la Ley de Control de Armas, desagregadas por año: 2010: 1.500; 2011: 1.649; 2012: 1.650; 2013: 2.512; 2014: 2.768; 2015: 2.735; 2016: 2.926; 2017: 3.343; 2018: 5.781. Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Subsecretaría de Prevención del Delito, CEAD, Centro de Estudios y Análisis del Delito, Estadísticas Delictuales. Disponible en: <http://cead.spd.gov.cl/estadisticas-delictuales/> [fecha de consulta: 28 noviembre 2019].

9 De acuerdo con estadística interna de la Fiscalía.

En materia de armas y particularmente en relación con el tráfico de armas, Chile ha ratificado diversas convenciones internacionales como el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional cuyo decreto promulgatorio fue publicado el 26 de agosto de 2010; la Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, con decreto promulgatorio publicado el 18 de febrero de 2004 y, el Tratado sobre Comercio de Armas de las Naciones Unidas, con decreto promulgatorio publicado el 3 de enero de 2019. Estos tres instrumentos internacionales *“tienen un común denominador,...: hacen hincapié en el control de las armas por parte de los Estados y en la adopción de medidas tempranas para detectar el tráfico de las mismas con la finalidad de potenciar su sanción”*¹⁰.

Siguiendo esta línea de trabajo, la Ley N° 20.861, publicada el 20 de agosto de 2015, creó el sistema de análisis criminal y de focos investigativos que tiene por objeto el fortalecimiento de la persecución penal, mediante la incorporación de estrategias de análisis e investigación sobre mercados delictuales u otras estructuras de criminalidad reconocibles. En este contexto, las Fiscalías Regionales han estudiado la criminalidad regional a fin de identificar patrones comunes en ciertos delitos, siendo uno de los priorizados¹¹ los vinculados a la Ley N° 17.798 (o Ley de Control de Armas, en adelante, por sus siglas LCA), lo que ha generado interesante información respecto de la dinámica delictiva en estos ilícitos¹².

10 VILLEGAS, Corrupción..., ob. cit., p. 69.

11 De conformidad con la Política Nacional de Persecución Penal del Ministerio Público de Chile: MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE, Política Nacional de Persecución Penal, p. 29. Disponible en: http://www.fiscaliadechile.cl/politica_persecucion_penal.pdf [fecha de consulta: 28 noviembre 2019].

12 Sobre el particular, revisar: ROSAS ORTIZ, Patricio. “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”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público de Chile*, N° 74, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2018, págs. 197-218. BOBADILLA BARRA, Carlos y DUBÓ SUNKEL, Lady. “Análisis Criminal para la Persecución Focalizada de Delitos e Infractores de la Ley de Control de Armas en la Región de Valparaíso, Chile”. En: *Buenas Prácticas en Análisis Criminal en América Latina 2018*. Santiago, Chile, Fundación Paz Ciudadana, marzo 2019, págs. 157-177. Disponible en: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/analisis-criminal/buenas-practicas-en-analisis-criminal-en-america-latina-2018/> [fecha de consulta: 05 diciembre 2019].

Si bien la jurisprudencia recaída en el tipo penal del artículo 10 de la LCA que tipifica en Chile el delito de tráfico de armas¹³ ha sido escasa, en los últimos años se han dictado algunos fallos por tribunales orales¹⁴ que han abordado diversos aspectos de este ilícito como el bien jurídico protegido; algunas de las conductas punibles y la dinámica del tráfico de armas en Chile; el ánimo de lucro en las conductas sancionadas; el objeto de la acción; la autoría, la participación y el concurso aparente de leyes penales. Estos son los aspectos que se revisarán en este artículo.

I. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido en el delito de tráfico de armas debe analizarse a la luz de las finalidades que pretende alcanzar la Ley N° 17.798 según lo ha indicado la doctrina nacional. En este sentido, tanto Cea y Morales¹⁵ como

13 *Artículo 10.- Los que sin la competente autorización fabricaren, armaren, elaboraren, adaptaren, transformaren, importaren, internaren al país, exportaren, transportaren, almacenaren, distribuyeren, ofrecieren, adquirieren o celebraren convenciones respecto de los elementos indicados en las letras b), c), d) y e) del artículo 2° serán sancionados con la pena de presidio mayor en su grado mínimo.*

Si alguna de las conductas descritas en el inciso anterior se realizare respecto de los elementos a que se hace referencia en los incisos primero, segundo y tercero del artículo 3°, la pena será de presidio mayor en su grado mínimo a medio. Si las armas fueren material de uso bélico de la letra a) del artículo 2° o aquellas a que se hace referencia en el inciso final del artículo 3°, la pena será de presidio mayor en sus grados medio a máximo. Pero tratándose de artefactos incendiarios, explosivos, tóxicos, corrosivos o infecciosos cuyos componentes principales sean pequeñas cantidades de combustibles y otros elementos químicos de libre venta al público y de bajo poder expansivo, tales como las bombas molotov y otros artefactos similares, se impondrá únicamente la pena de presidio menor en su grado máximo. Quienes construyeren, acondicionaren, utilizaren o poseyeren las instalaciones señaladas en la letra g) del artículo 2°, sin la autorización que exige el inciso primero del artículo 4°, serán castigados con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

Si la distribución, entrega, oferta o celebración de convenciones a que se refieren los incisos anteriores se realizare con o para poner a disposición de un menor de edad dichas armas o elementos, se impondrá el grado máximo o el máximo del grado de la pena correspondiente en los respectivos casos.

El incumplimiento grave de las condiciones impuestas en la autorización otorgada en la forma prevista por el artículo 4° será sancionado con multa aplicada por la Dirección General de Movilización Nacional de 190 a 1900 unidades tributarias mensuales y con la clausura de las instalaciones, almacenes o depósitos, además de la suspensión y revocación de aquella, en la forma que establezca el reglamento”.

14 No obstante, en algunos puntos se hará referencia a fallos de tribunales de garantía por su relevancia en el asunto abordado.

15 CEA CIENFUEGOS, Sergio y MORALES CONTARDO, Patricio. *Control de Armas. Manual de aplicación de la Ley N° 17.798 y su reglamento complementario*. 5ª ed. actualizada, Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2017, p. 9.

Bascur y Villegas¹⁶ señalan que dichos objetivos son distintos a aquellos que se tuvieron a la vista al momento de la publicación del texto legal original, puesto que en aquella época se buscaba “neutralizar la proliferación de milicias armadas en los años setenta”, en cambio, a comienzos del siglo XXI lo que se persigue es prevenir y reprimir la delincuencia común¹⁷.

En este contexto, Bascur sostiene que todos los tipos penales contemplados en la LCA se sujetan a un criterio rector establecido por la propia Constitución Política en su artículo 103: “Ninguna persona, grupo u organización podrá poseer o tener armas u otros elementos similares que señale una ley aprobada con quórum calificado, sin autorización otorgada de conformidad a ésta”¹⁸; de modo que los delitos previstos en la LCA deben interpretarse teniendo en cuenta que el constituyente buscó limitar al máximo el acceso a las armas por parte de la población.

En cuanto al bien jurídico protegido en estos delitos, en general, y del tráfico de armas, en particular, hay acuerdo en la doctrina en cuanto a que corresponde a un bien jurídico de carácter colectivo, aunque no hay una opinión consensuada respecto al específico bien jurídico que se protege¹⁹. Algunos autores aluden a la seguridad ciudadana²⁰, mientras que otros a la seguridad colectiva²¹ o a la seguridad pública²². No obstante, Villegas plantea que “no puede identificarse un bien jurídico general en la ley de control de armas”²³, aunque la citada autora entiende que “es la seguridad colectiva el objeto de tutela penal en gran parte de los delitos contenidos en la Ley N° 17.798, como bien jurídico supraindividual cuya protección penal estaría justificada por la posibilidad de afectación mediata a bienes jurídicos individuales de mayor relevancia (vida e integridad física)”²⁴.

16 VILLEGAS, La Ley..., ob. cit., p. 2.

17 BASCUR, Gonzalo. Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas. En: *Política Criminal*, Volumen 12, N° 23, Julio 2017, Documento 1, [págs. 533-609], p. 535.

18 BASCUR, ob. cit., p. 536.

19 El tema es abordado con detalle en: VILLEGAS, La Ley..., ob. cit., págs. 4 y sgtes., a cuyo texto nos remitimos.

20 BALMACEDA HOYOS, Gustavo. *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial. Santiago, Chile, Librotecnia, 2016, p. 505. Este autor agrega como bien jurídico, además, el monopolio estatal en cuanto al control de armas, lo que es criticado por VILLEGAS, La Ley..., ob. cit., p. 5.

21 BASCUR, ob. cit., p. 538.

22 MARDONES, Fernando. La legitimidad de sancionar penalmente el porte ilegal de arma de fuego permitida. Defensoría Penal Pública, Doctrina Procesal Penal 2015, N° 18, 2016, [págs. 119-152], p. 131. Disponible en: www.biblio.dpp.cl/biblio/ [fecha de consulta: 28 noviembre 2019]. Citado por VILLEGAS, La Ley..., ob. cit., p. 5.

23 VILLEGAS, La Ley..., ob. cit., p. 7.

24 VILLEGAS, La Ley..., ob. cit., p. 9.

Por otra parte y con mayor consenso, la doctrina estima que los delitos sancionados en la Ley N° 17.798 son de peligro abstracto²⁵. Este tipo penal castiga la circulación ilegal de los objetos controlados y prohibidos, considerando toda transferencia no autorizada de dichos elementos como ilícita²⁶, puesto que las conductas que se sancionan conllevan “una forma de afectación más grave de la seguridad colectiva (que la de los delitos posesorios que tipifica la LCA) por el riesgo de difusión de los elementos fuera del marco regulatorio, generando la posibilidad de adquisición ilícita de la posesión por eventuales destinatarios y con ello incrementando la probabilidad generalizada de su uso indebido”²⁷.

En la Historia de la Ley N° 20.813, se consignan algunas discusiones respecto de las modificaciones introducidas a la descripción típica contenida en el artículo 10 de la Ley N° 17.798, dejándose constancia que la alta penalidad asociada a este ilícito se justifica “...por el inusitado peligro que este tipo de actos implican cuando tienen por objetivo las armas que la ley regula o derechamente prohíbe”²⁸ y “la mayor peligrosidad que representa el negocio del tráfico de armas...”²⁹.

25 BASCUR, ob. cit., págs. 537-539. VILLEGAS, La Ley..., ob. cit., p. 9. En España: JIMÉNEZ ROMERO, Luis. El delito de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos. En: R.E.D.S., núm. 11, España, Dykinson, Julio-Diciembre 2017, [págs.162-192], p. 164. “El bien jurídico protegido en estos delitos consiste en la seguridad de la comunidad frente a los riesgos derivados de la libre circulación y tenencia de armas de fuego y explosivos. Seguridad que se ve lesionada con la realización de las conductas contenidas en la presente sección. Pero como quiera que la seguridad remite en definitiva a aquel estado de cosas que garantiza la indemnidad de bienes jurídicos elementales (vida, salud o libertad), pueden caracterizarse dichos delitos como de peligro abstracto para los referidos bienes individuales”. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 19ª ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 821 y 822: “El interés represivo del Estado en esta materia tiene origen político, en cuanto priva de este modo al ciudadano de un medio eficaz para atacar al poder o resistirlo y en cuanto le permite control de medios peligrosos y violentos como son las armas de fuego; es una manera de reducir la criminalidad violenta de grandes proporciones y asegurar la tranquilidad pública. Frente a este interés estatal está el del ciudadano en servirse de las armas de fuego como medio de defensa personal, derecho que se encuentra consagrado en algunos países incluso a nivel constitucional. En nuestro Ordenamiento jurídico prima el interés estatal o político sobre los particulares como lo demuestran el hecho de la colocación sistemática de este delito entre los delitos contra el orden público, la severidad de las penas y el que el art. 565 sólo autorice a rebajar estas penas en un grado ‘siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos’... Su naturaleza es afín a la de los delitos de peligro abstracto, por cuanto, aun siendo los intereses citados los que han motivado su tipificación como delito, no es necesaria ni su lesión efectiva ni su puesta en peligro en el caso concreto”.

26 BASCUR, ob. cit., p. 566.

27 BASCUR, ob. cit., p. 567.

28 Historia de la Ley N° 20.813, Nuevo Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Fecha 18 de noviembre, 2014. Informe de Comisión de Constitución en Sesión 65. Legislatura 362. Profesor Acosta. Disponible en: www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/3960/.

29 Historia de la Ley N° 20.813, Nuevo Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Fecha 18 de noviembre, 2014. Informe

De los fallos analizados y que se han pronunciado sobre el bien jurídico protegido en este ilícito, destaca la sentencia condenatoria del 4° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 18 de enero de 2018, RUC 1600653683-6 que indica: “*Que, para así decirlo, se tuvo en cuenta que los delitos previstos en la Ley de Control de Armas obedecen a un criterio rector establecido en la propia Constitución Política de la República: limitar al máximo el acceso a las armas por parte de la población...*”.

Por otra parte, el mismo tribunal absolvió en resolución de fecha 24 de noviembre de 2017, RUC 1501104386-8, atendido que: [lo subrayado es nuestro] “*NOVENO:...resultando, en consecuencia, insuficiente la probanza en torno al objeto material de todos los delitos imputados (del porte o tenencia de arma prohibida, la tenencia de municiones y del delito de adaptar armas de fuego para el disparo de municiones) y consecuentemente, ha resultado insuficiente para acreditar la antijuricidad material de la conducta desplegada, ya que, tratándose de delitos de peligro, se requiere necesariamente reunir antecedentes que permitan dimensionar el grado de afectación al bien jurídico protegido asociado a la conducta, exigencia que responde al respeto del principio de lesividad, el cual constituye un límite al poder punitivo del Estado, que tiene por objeto castigar, en este caso, conductas que signifiquen un riesgo para la integridad de los ciudadanos y no meras desobediencias formales*”.

La sentencia del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Iquique, de 30 de julio de 2019, RUC 1800294292-1 consigna la seguridad pública como bien jurídico en los delitos de tenencia de arma de fuego prohibida y el tráfico ilícito de arma prohibida.

El fallo del 4° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de 29 de octubre de 2019, RUC 1600489503-0 reconoce como bien jurídico la seguridad colectiva, considerando el tipo penal del artículo 10 de la LCA como de peligro abstracto y cuya sanción busca brindar protección a intereses sociales o supraindividuales.

II. CONDUCTAS PUNIBLES

Los tribunales orales se han pronunciado sobre diversas conductas descritas en el tipo penal del artículo 10 de la LCA que se pasan a revisar.

de Comisión de Constitución en Sesión 65. Legislatura 362. Profesor Matus. Disponible en: www.bcn.cl/historiadelay/nc/historia-de-la-ley/3960/.

a) Fabricación, adaptación, transformación y almacenamiento

El Diccionario de la Real Academia Española define el término “fabricar” como: *“Producir objetos en serie, generalmente por medios mecánicos; construir un edificio, un dique, un muro o cosa análoga; elaborar”*. En todas estas acepciones, se enfatiza la producción de un objeto, *“a partir de materias primas a las cuales debe imprimirse un arte o destreza”*³⁰.

En los artículos 18 al 30 del Reglamento de la LCA se regulan los requisitos que debe cumplir quien quiera instalar fábricas, plantas o armaduras de armas y en los artículos 31 a 38 del mismo reglamento, los permisos que se deben tramitar para la fabricación³¹.

Por otra parte, la RAE define la “adaptación” como *“la acción o efecto de adaptar o adaptarse”, la que a su vez se conceptualiza como “acomodar, ajustar algo a otra cosa. Hacer que un objeto o mecanismo desempeñe funciones distintas de aquellas para las que fue construido”*.

La conducta de “adaptar” fue introducida al artículo 10 de la LCA por la Ley N° 20.813, por la Comisión de Constitución del Senado. Su incorporación fue propuesta por el profesor Jean Pierre Matus, aunque sin mayor discusión³².

En cuanto a la “transformación”, la RAE señala que transformar es: *“Hacer cambiar de forma a alguien o algo; transmutar algo en otra cosa”*.

Cea y Morales indican que esta conducta punible debe entenderse como *“cambiar las armas de fuego, municiones u otros en alguna de sus características, de tal manera de mutarlo en un elemento prohibido, o que no concuerde plenamente con las características inscritas de la misma”*³³.

Los artículos 166 a 169 del Reglamento de la LCA reglan a los reparadores y transformadores de armas.

En relación con el “almacenamiento”, la RAE indica que almacenar es: *“Poner o guardar en almacén; Reunir, guardar o registrar en cantidad algo”*.

30 CEA y MORALES, ob. cit., p. 135.

31 BASCUR aborda estas conductas en ob. cit., págs. 568 y 569.

32 Historia de la Ley N° 20.813, Nuevo Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Fecha 18 de noviembre, 2014. Informe de Comisión de Constitución en Sesión 65. Legislatura 362. Disponible en: www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/3960/.

33 CEA y MORALES, ob. cit., p. 139.

El artículo 17 del Reglamento de la LCA señala la normativa aplicable a los depósitos de armas de fuego, los artículos 112 a 129 regulan las instalaciones para el almacenamiento de armas y municiones, los artículos 231 a 241 establecen normas en lo relativo a las instalaciones para almacenar explosivos y los artículos 253 a 260 fijan las medidas de seguridad de estos almacenes³⁴.

Respecto de la sanción de estas conductas y la forma en la que se ha delimitado su sentido y alcance, destaca la sentencia del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de La Serena, de fecha 12 de mayo de 2015, RUC 1400845099-5, en la cual el tribunal estimó configurado el delito de fabricación, transformación y almacenamiento de armas de fuego, municiones y cartuchos por cuanto: [lo subrayado es nuestro] *“En el caso subjudice, este delito se tuvo por acreditado, por una parte, en virtud de la declaración del perito Rodríguez Venegas, a quien le correspondió peritar una serie de elementos consistes (sic) en armas de fuego y cartuchos balísticos levantados en el sitio del suceso (que también describió el testigo Lagos Concha). El acusado tenía en su poder una gran cantidad de cartuchos de fogueo en proceso de adaptación como cartuchos balísticos convencionales, uno de los cuales se puede apreciar, aún sin el rebaje de plomo –y tomado de entre muchos otros una caja– en la fotografía N° 16 del Set de 45. En la N° 17 del mismo set, el perito fijó un cartucho balístico convencional, un cartucho en proceso de adaptación y una vaina balística metálica color amarillo, dando cuenta a este Tribunal sobre los distintos pasos del procedimiento de transformación o adaptación. Además, el mismo perito reconoció en la fotografía N° 21, la fijación de un cartucho balístico convencional, un cartucho de fogueo modificado como cartucho balístico, una vaina de fogueo en proceso de adaptación y un cartucho de fogueo, el detalle del proceso por medio del cual un cartucho de fogueo se transformaba en uno balístico convencional, lo que es demostrativo de que al momento de los hechos existía en poder del acusado material balístico en pleno proceso de transformación. Por otro lado, según declaró el perito Veloso Sepúlveda, la prensa de metal incorporada como prueba material y que reconoció en juicio, se trata de una herramienta que permite apoyar un objeto para efectuar trabajos en él, que eventualmente podría ser utilizada para apoyar un cartucho de fogueo, fijarlo ahí y cercenarlo. Si a este hecho se le añade que se encontraron en poder del acusado, además, sierras, limas y escofinas, cuyo objeto es cortar y degastar material metálico, respectivamente, no puede sino concluirse que contaba con todos los elementos necesarios e idóneos para adaptar y transformar proyectiles balísticos, muchos de los cuales se encontraron justo en medio de dicho proceso. El hecho de que se hayan encontrado en poder del acusado, además, diferentes partes de armas de fogueo, con modificaciones estructurales en sus cañones y cilindros, con el fin de ser utilizadas como armas de fuego convencionales, según se concluyó por el perito Veloso Sepúlveda en la fotografía N° 16 del Set de 26, unido*

34 BASCUR se refiere a la conducta de almacenar en ob. cit., págs. 570 y 571.

al hecho de que el acusado también mantenía en su poder un taladro para hacer tales modificaciones, es demostrativo de que su conducta de adaptar y transformar se extendió también a armas de fuego y no solo a cartuchos balísticos, todos elementos que en su conjunto almacenaba. En este contexto, no es creíble para el Tribunal la versión del imputado, en el sentido de que las armas de fuego que le fueron encontradas, junto al material balístico, haya tenido por objeto la práctica de caza; como tampoco, que la prensa metálica haya tenido como destino realizar trabajos de carpintería o albañilería”.

Destaca en este fallo, el razonamiento que hace el tribunal fundamentado en las declaraciones de peritos y fotografías exhibidas, para concluir que la versión del imputado en orden a que mantenía en su poder herramientas y elementos propios de la práctica de caza no era creíble, descartando la teoría del caso de la defensa, acogiendo la de la Fiscalía y estimando que el acusado había fabricado, adaptado, transformado y almacenado armas de fuego, municiones y cartuchos.

Por otra parte, la sentencia del 6° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de 16 de mayo de 2019, RUC N° 1800111326-3 también recae sobre hechos vinculados a las conductas punibles de adaptar y transformar. En ella se descarta la teoría del caso de la defensa: [lo subrayado es nuestro] *“DECIMOCUARTO: Que, en el caso que nos ocupa, se acreditaron fehacientemente los verbos rectores consistentes en celebrar convenciones referidas a dispositivos de automatismo para armas de fuego, además de adaptar y transformar armas de fuego para obtener un mayor poder destructor o de efectividad, constitutivos del delito de tráfico ilícito de armas que contempla el artículo 10 de la ley 17.798 sobre Control de Armas.*

... En este escenario, ante los reclamos de S.B.N., receptor de las armas de fuego y de los dispositivos de automatismo, referidos a que los dispositivos de automatismo no funcionaban en las armas de fuego, el imputado G.H.R., que era el proveedor de dichos elementos, se encargaba de probar y arreglar dichas armas, lo que hizo en varias oportunidades. Expresado de otra forma, el acusado G.H.R. no sólo vendía los dispositivos de automatismo para armas de fuego, sino que además adaptaba y transformaba las armas de fuego que originalmente no eran automáticas, con lo que se configuran los verbos rectores del delito de tráfico ilícito de armas que describe el citado artículo 10 de la Ley 17.798...”.

b) Celebración de convenciones

En las investigaciones formalizadas por el delito de tráfico de armas, se ha discutido arduamente si es necesario para configurarlo que se celebren varias convenciones o basta una de ellas y, en consecuencia, si se requiere más de un arma o munición.

El texto original de la Ley N° 17.798 publicado el 21 de octubre de 1972 tipificaba el delito contemplado en el artículo 10 de la siguiente manera “[lo subrayado es nuestro] Artículo 10.- *Los que fabricaren, importaren, internaren al país, exportaren, transportaren, almacenaren, distribuyeren o celebraren cualquier clase de acto jurídico respecto de los elementos indicados...*”³⁵.

Es a partir de la publicación del Decreto-Ley N° 2.553 de 29 de junio de 1979 que se produce el cambio a la expresión “convenciones”³⁶. La reforma legislativa que modifica la expresión “celebraren cualquier clase de acto jurídico” a “celebraren convenciones” puede explicarse en tanto esta última involucra los múltiples actos jurídicos que pueden celebrarse sobre los objetos prohibidos o controlados; de ahí que se utilice la expresión en plural por el legislador para diferenciar la concurrencia de una o más operaciones sobre tales objetos³⁷.

Por otro lado y en una línea argumentativa fundada en una interpretación sistemática de la LCA, el criterio cuantitativo se utiliza en la norma del artículo 12 de la Ley N° 17.798 para efectos de agravar la pena, lo que refuerza la conclusión que basta una convención para que se configure el delito.

Sobre esta conducta, Bascur indica que: *“El ciclo de comercialización y difusión ilegal de las armas y de otros elementos propiamente tal se tipifica mediante las expresiones “celebrar convenciones”, “distribuir” y “ofrecer” los elementos. Se trata del ejercicio al margen de la ley de la actividad de comercio interior que se encuentra regulada detalladamente en los artículos 39 y 59 del Reglamento de la Ley de Control de Armas. Sin embargo, conforme al artículo 47 del Reglamento, la difusión ilegal de armas a cualquier título sería constitutiva de tráfico...esta variante de la conducta implica sancionar a todos los intervinientes en el proceso de circulación ilegal, especialmente en el caso del poseedor-facilitador y el poseedor-receptor de objeto”*³⁸.

Los tribunales orales que se han pronunciado sobre la discusión levantada por las defensas relativa a que el artículo 10 de la LCA exige más de una convención, la han desechado, fundamentado su conclusión en la irrelevancia que tiene

35 Así también quedó consignado en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de 21 de junio de 1972, citado por CEA y MORALES, ob. cit., p. 130, nota 108.

36 Decreto Ley N° 2.553 de 29 de junio de 1979. Disponible en www.bcn.cl.

37 Este fue el criterio adoptado por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Temuco, en fallo de 23 de junio de 2017, RUC 1500772760-4, sentencia anulada por la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1077-2017, de 12 de enero de 2018, aunque por razones totalmente ajenas a esta discusión.

38 BASCUR, ob. cit., págs. 569; 572 y 573.

para la afectación del bien jurídico que se trate de una o más transacciones o de una o más armas, puesto que en cada una de dichas hipótesis, se produce la puesta en peligro del bien jurídico protegido y considerando, además, el claro texto de la ley que no exige que se trate de un comercio a gran escala ni la continuidad en el tiempo³⁹.

Otro aspecto analizado por los tribunales en los juicios más recientes recaídos en la figura descrita en el artículo 10 de la LCA se refiere a la dinámica de celebración de convenciones que se presenta en este delito.

En primer lugar, el 6° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en fallo de 16 de mayo de 2019, RUC N° 1800111326-3 describe cómo el acusado utilizaba su condición de deportista de tiro al blanco para acceder al mercado legal de armas y, luego, venderlas en el mercado ilegal: *“VIGESIMO:...La circunstancia de que el acusado G.H.R. se dedicara al deporte de tiro, de manera profesional y en diferentes modalidades, no obsta a que cometiera los delitos de tráfico ilícito de armas y porte ilegal de arma de fuego. Es en este escenario, que el acusado G.H.R., aprovechando su condición de deportista de tiro al blanco y otras modalidades, con los conocimientos que poseía y la posibilidad de adquirir armas de fuego, accesorios y municiones sin llamar la atención justamente atendida su calidad de deportista de la especialidad, adquiriría elementos regulados por la ley de Control de Armas, a saber, municiones y dispositivos de automatismo y ejecutaba conductas propias del tráfico ilícito de armas, consistentes en celebrar convenciones referidas a dispositivos de automatismo para armas de fuego, además de adaptar y transformar armas de fuego, además de según se analizó en su oportunidad, sin tener la autorización legal para ello...”*

Luego, el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Iquique, en sentencia de 30 de julio de 2019, RUC 1800294292-1, releva la posibilidad que la transacción se realice por encargo de otro así como la relevancia del contexto de tratativas previas para concretar la operación: *“...UNDECIMO:..., Ahora bien, las escuchas de los días 16 y 17 de mayo de 2018, entre V. y A. V., dieron cuenta de los actos preparatorios relativos a fijar las condiciones del negocio y la formación del acuerdo, explorando la posibilidad de comprender a una segunda arma, lo que en definitiva no se concretó, y constituyen antecedentes que permitieron construir las circunstancias precisas que rodearon el hecho, incorporando luego a otros hechos para concretarlo, puesto que en el caso del último debía valerse de terceros desde*

39 Fallos del 4° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de 18 de enero de 2018, RUC N° 1600653683-6 y del 6° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de 26 de noviembre de 2019, RUC N° 1701115141-8. En sentido contrario, la sentencia del 6° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de 24 de marzo de 2019, RUC N° 1700675410-4, sostiene que la expresión “celebrar convenciones” refiere la acción en plural, lo que indica habitualidad.

que estaba privado de libertad en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Alto Hospicio, y físicamente impedido de mostrar el arma y perfeccionar la venta, mientras que V. recurrió a R., contratándolo para que en el marco de esta empresa transportara el arma hasta Vallenar a cambio del pago de una suma de dinero”. La Corte de Apelaciones de Iquique, en resolución de fecha 9 de septiembre de 2019, Rol N° 262-2019, rechazó un recurso de nulidad interpuesto por la defensa fundado en una errónea aplicación del derecho en contra del fallo antes citado por estimar que: “...se advierte con claridad de lo expuesto en la sentencia los elementos del tipo penal, esto es, tanto la oferta, adquisición del arma por parte del acusado V. y el almacenamiento y posterior transporte de la misma por parte del encartado R., todo ello dentro de una convención ... CUARTO: Que también resulta importante que según los argumentos de la defensa, en el caso del acusado V., de haber resuelto de la manera que pretende, sería punible su conducta?, si en definitiva no se le sorprendió con arma alguna, o sea las tratativas previas y todo lo escuchado por los funcionarios policiales -que no fue contradicho- no tendría valor ni importancia alguna, debiendo sólo entonces sancionarse al acusado R. por haber sido sorprendido llevando consigo un arma de alto calibre, careciendo de utilidad las conductas descritas en el artículo 10 de la Ley N° 17.798”.

Finalmente, el 4° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en resolución de fecha 29 de octubre de 2019, RUC 1600489503-0 efectúa un interesante razonamiento en relación con la dinámica que se presenta en el tráfico de armas, en el contexto del traspaso de armas adquiridas legalmente al mercado ilícito de éstas: “DÉCIMO TERCERO:... Así entonces, el asunto a despejar consiste en si dichas compras conforman una operativa delictiva, encuadrable en los verbos rectores del artículo 10 de la Ley 17.798, específicamente en la celebración de convenciones, por cuanto las compras de armas, constituyen los actos bases o necesarios para que se puedan transferir a terceros sin cumplir ningún requisito del artículo 76 del Reglamento, es decir, de forma ilegal.

De manera que existe un forma legal de adquirir el arma, como acción conducente a ponerla en circulación ilegalmente, debiendo determinarse si, en lo particular, respecto de estos acusados gendarmes existe efectivamente una convención en relación a ese armamento, y si, en lo concreto, la misma consiste en adquirir legalmente un arma, para luego desprenderse de ella, entregándosela a un tercero (C.), que la sigue traspasando a otro, (B.), quien finalmente la vuelve a traspasar (B. y G.).

Ahora bien, y previamente a analizar los antecedentes fijados en el considerando precedente, imperativo es dejar establecido que no se puede razonablemente esperar que las convenciones posteriores en virtud de las cuales se traspasa el arma, es decir, las constitutivas del ilícito, queden consignadas en un documento por escrito, como tampoco que la entrega de las armas y su venta ilegal, encuentre respaldo en comprobantes de depósitos o transferencias, por cuanto exigir ello sería atentar contra las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, pretendiendo equiparar el accionar en una situación legal con una delictual. Exigir ello como

elemento inculpatario, sería tan absurdo como requerir como prueba en un delito de tráfico de drogas, que el traficante extienda boleta o comprobante de pago por la droga vendida o registre sus operaciones en libros que luego pueden ser fiscalizados debidamente por la autoridad, porque incluso si fuera a gran escala, los documentos que se llevaran nunca reflejarán, a primera vista, la ilicitud de la actividad.

... [Considerando décimo sexto]⁴⁰ En ese sentido, se entiende por convención, todo acuerdo de voluntades respecto de las armas de fuego y sus municiones. Al efecto, tratándose de los acusados gendarmes, S., C., P., A. y C., dicho acuerdo consistió en que los cuatro primeros convinieron con C. adquirir legalmente un armamento, para luego entregárselo. Por su parte, en virtud también de una convención es que las armas pasan de C. a B. y de éste a B. respecto de la Jericho, y de B. a G., respecto de la pistola Smith and Wesson, registrándose una cadena de sucesivas convenciones, en razón de las cuales se han sucedido trasposos sin las autorizaciones exigidas para ello.

Ahora bien, en este punto importante es hacer notar que una convención es simplemente un acuerdo de voluntades que no requiere escrituración ni el cumplimiento de formalidades o requisitos especiales, ...”.

El fallo anterior además incorpora definiciones y normativa del Derecho Civil aplicables en la materia para delimitar el sentido y alcance del término “convención” como un acuerdo de voluntades que no requiere formalidad alguna para perfeccionarse. De la misma forma, el tribunal concluye que no es posible exigir la escrituración de este acuerdo de voluntades al recaer sobre operaciones ilícitas.

III. ÁNIMO DE LUCRO EN LAS CONDUCTAS SANCIONADAS POR EL DELITO DE TRÁFICO DE ARMAS

Otro aspecto tratado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se refiere a la necesidad de una especial finalidad perseguida por las conductas descritas en el artículo 10 de la LCA, como sería el ánimo de lucro en la transacción; cuestión distinta de la obtención de lucro propiamente tal, como ha sostenido la defensa en algunos juicios, planteando la atipicidad de la conducta por faltar la connotación económica en la operación, no obstante, tanto Bascur⁴¹

40 Lo transcrito entre corchetes es nuestro.

41 BASCUR, ob. cit., p. 569, apoyado en el texto del artículo 47 del Reglamento de la Ley de Control de Armas que señala que la difusión ilegal de armas a cualquier título sería constitutiva de tráfico.

como Cea y Morales⁴² sostienen que no corresponde a un requisito previsto por el tipo penal.

En el caso de la conducta de celebrar convenciones, el tipo penal no contiene exigencias relativas a la existencia de una ganancia por una convención celebrada, pudiendo incluso tratarse de convenciones gratuitas, en tanto el bien jurídico protegido por la norma dice relación con la seguridad de la ciudadanía y el monopolio del control de las armas por parte del Estado, los que pueden ser puestos en peligro tanto a través de un acto oneroso como de uno gratuito⁴³.

A propósito de la conducta de transportar y teniendo presente otras finalidades por las que pudiera transportarse un arma, el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Arica, en sentencia de dictada el 14 de noviembre de 2016, en RUC 1500767713-5 descarta la necesidad de una finalidad particular en dicho transporte: *“Se desestima así, en consecuencia, la tesis de las Defensas de ambos acusados, en cuanto estas sostienen que no se configura el referido delito por tratarse de un arma y de municiones que sus representados portaban con el fin de proveerse seguridad, tanto a ellos como al cargamento de droga que llevaban oculto, siendo parte del delito base, esto es, el delito de tráfico ilícito de drogas. Situación que se descarta del todo, de acuerdo a la apreciación de los testigos de cargo, según la cual dichas*

42 CEA y MORALES, ob. cit., p. 133. En este caso, reconocen que en el origen histórico de la norma pudo considerarse como necesaria la connotación económica de las conductas sancionadas en el artículo 10 pero que la evolución jurisprudencial pone de manifiesto que esto ha cambiado. Destacan, además, que las conductas de almacenar y transportar no son parte de un sistema de comercio de las armas, como actos materiales que lo reflejan, sino por el peligro que tales conductas encierran para la seguridad de la sociedad. En muchas ocasiones, tales conductas son animadas por motivaciones muy diversas, ya sea en actividades terroristas o simplemente delictuales. Así lo resolvió la Corte Marcial el 14 de marzo de 2000, Rol N° 232-87, en el denominado caso Carrizal Bajo, causa Rol N° 1.797-86 del II Juzgado Militar de Santiago que por resolución de 31 de julio de 1997 condenó por el delito de internación al país, transporte, almacenamiento y distribución de armas de fuego, municiones y explosivos, contemplados en el inciso primero del artículo 10 de la Ley N° 17.798, en el que la defensa planteó que en lo referido a la internación de armas, su defendido no podía ser considerado como un traficante puesto que no perseguía obtener un lucro o ganancia ya que lo que se pretendía era desestabilizar el gobierno; cuestión que fue desechada por el tribunal al estimar que el término usado por el legislador era internar y no traficar en el tipo penal descrito en el artículo 10 de la Ley de Control de Armas.

43 Así lo sostuvo la sentencia del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 23 de junio de 2017, RUC N° 1500772760-4, anulada por la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1077-2017, de 12 de enero de 2018, aunque por razones diversas a esta discusión. Acogen la postura de la Fiscalía, las sentencias del 4° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de 18 de enero de 2018, RUC N° 1600653683-6 y de 29 de octubre de 2019, RUC N° 1600489503-0; fallo del 6° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de 26 de noviembre de 2019, RUC N° 1701115141-8.

especies se trasportaban ocultas debajo de la estructura que cubre la palanca de cambios, siendo difícil su extracción sin tener que emplear tiempo y herramientas para desarmar dicha estructura, lo que tornó en totalmente imposible que dicha arma y sus municiones estuviesen dispuestas para los fines que alegan las Defensas". La Corte de Apelaciones de Arica, el 12 de enero de 2017, en Rol N° 421-2016, rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, haciendo suyos los argumentos planteados por el tribunal oral.

IV. OBJETO DE LA ACCIÓN

El objeto sobre el que recae la acción, esto es, las armas prohibidas o reglamentadas, ha sido abordado en algunos fallos al considerar que las armas deben tener aptitud para disparar y las municiones aptitud para ser disparadas, de modo que efectivamente exista una puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Siguiendo esta línea argumentativa, la Corte de Apelaciones de Temuco, conociendo un recurso de nulidad interpuesto por la defensa, en el Rol N° 1077-2017, con fecha 12 de enero de 2018 anuló el fallo pronunciado por el tribunal oral, dictando sentencia absolutoria, estimando insuficiente la sola pericia balística visual para tener por probada la aptitud para el disparo de las municiones incautadas, no pudiendo atribuirse el carácter de municiones a las especies incautadas y teniendo presente, además, que el delito de venta ilegal de municiones es un delito de peligro abstracto que tiene por ley asignada al delito una alta penalidad, sin derecho a pena sustitutiva.

Asimismo, el 4° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en resolución de 24 de noviembre de 2017, RUC N° 1501104386-8 absolvió al estimar que no se acreditó la aptitud de las armas a fogueo incautadas para ser disparadas: *"NOVENO:...Pese a que estos testigos, afirman que, de acuerdo a las interceptaciones telefónicas, H.S. se dedicaría a la modificación de armas a fogueo y C.R. era quien las vendía y a que en juicio fueron exhibidas las especies incautadas, resultaba fundamental para la acreditación del hecho punible establecer, de manera científica, la naturaleza de las mismas.*

... Por ende, del análisis conjunto de los medios de prueba vertidos en juicio, surgieron numerosas dudas, que impidieron afirmar, más allá de toda duda razonable, que las armas a fogueo incautadas sean capaces de operar como armas de fuego o que las supuestas municiones incautadas son tales, al no haber realizado con ninguna de las especies incautadas pruebas de disparo idóneas para determinar su operatividad; resultando, en consecuencia, insuficiente la probanza en torno al objeto material de todos los delitos imputados (del porte o tenencia de arma prohibida, la tenencia de municiones y del delito de adaptar armas de fogueo para el disparo de municiones) y consecuentemente, ha resultado insuficiente para acreditar la antijuricidad material de la conducta desplegada, ya que, tratándose de delitos de peligro, se

requiere necesariamente reunir antecedentes que permitan dimensionar el grado de afectación al bien jurídico protegido asociado a la conducta, exigencia que responde al respeto del principio de lesividad, el cual constituye un límite al poder punitivo del Estado, que tiene por objeto castigar, en este caso, conductas que signifiquen un riesgo para la integridad de los ciudadanos y no meras desobediencias formales”.

Si bien la aptitud para disparar es un aspecto a considerar para establecer que se está en presencia de un arma de fuego o que una munición es apta para ser disparada para ser tal, no se trata de un elemento del tipo penal, como tampoco sería indispensable contar con una pericia balística para establecer dicha aptitud en todos los casos, pudiendo valorarse otras pruebas para tener por concurrente la misma, por ejemplo, en aquellas situaciones en las que no se haya encontrado armas pero haya interceptaciones telefónicas con escuchas que dan cuenta de su presencia para la venta o fotografías de éstas en la mensajería encontrada en los celulares incautados a los imputados. No obstante que la pericia balística puede ser necesaria para probar dicha aptitud en los casos de armas hechizas o de fogeo pues es su concurrencia la que las convierte en un arma de fuego; en otras hipótesis podría prescindirse de dicha pericia y considerar otros elementos probatorios para tener por acreditada dicha aptitud⁴⁴.

44 La Corte Suprema, en Rol N° 2743, de 27 de marzo de 2018 señala: [lo subrayado es nuestro] “Sexto: *Que la conducta tipificada en el artículo 9 de la Ley 17.798 sanciona –en lo que interesa– a los que portaren algunas de las armas o elementos señalados en su artículo 2 letra b), que se refiere a las armas de fuego, sea cual fuere su calibre y sus partes, dispositivos y piezas, con presidio menor en su grado máximo, y a los señalados en su letra c), alusiva a las municiones y cartuchos, con presidio menor en su grado medio. Por su parte, el artículo 3° del Decreto 83 de 2007 del Ministerio de Defensa Nacional; Subsecretaría de Guerra, que aprueba el Reglamento Complementario de la Ley 17.798 establece que quedan sometidos a control de la dicha ley “Las armas de fuego, incluyendo sus partes, repuestos, piezas, dispositivos, implementos o accesorios que puedan ser acoplados a la misma, destinados a su funcionamiento o efectividad en el disparo, y todo artefacto, ingenio o dispositivo que permita lanzar municiones, objetos explosivos, balas, balines, perdigones y otros proyectiles, aprovechando la fuerza de la expansión de los gases de la pólvora, o cualquier compuesto químico, sea cual fuere su calibre, tipo, tamaño, forma o empleo a que se destinen”.*

Del análisis de las normas en cuestión se desprende que determinar la aptitud para el disparo del arma es un elemento de juicio más que pueden considerar los jueces para establecer la existencia de un arma de fuego, pero aquello no es un requisito del tipo penal, máxime si de los hechos se desprende que lo portado era precisamente un revolver marca Taurus que en su interior mantenía 3 cartuchos ya percutados o vainas y dos todavía sin percutar, respecto del cual únicamente por razones de seguridad el experto que lo analizó optó por no efectuar una prueba de disparo al constatar una deficiencia técnica, específicamente una falta de sincronización entre el cilindro y el cañón del arma.

En ese entendido resulta imposible coincidir con el recurrente sobre la existencia de una infracción al principio de lesividad al haber dudas sobre la aptitud para el disparo del arma en cuestión cuando también se encuentran sujetas a control sus partes y piezas, es decir, en el evento que la falla ocasionara la imposibilidad de salida del proyectil aquello no priva a sus

El juicio diferenciador aplicado por los tribunales en este punto parece fundarse en criterios de justicia material, teniendo presente que, independientemente de tratarse de un arma de fuego convencional o adaptada, la pena a aplicar es alta y sin posibilidad de sustitución⁴⁵.

V. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Una de las principales líneas argumentativas de la defensa en los juicios orales que han recaído en el delito de tráfico de armas es la falta de participación de los acusados. Por otra parte, los tribunales han delimitado tipos de autoría y participación.

Así, por ejemplo, el 6° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de 24 de marzo de 2019, RUC 1700675410-4, absuelve fundando su decisión en la falta de prueba para acreditar la autoría de la acusada: [lo subrayado es nuestro] *“...Del análisis y apreciación de la prueba recién efectuado, que abarca evidentemente, la totalidad de las acciones imputadas a la acusada F. en los hechos de la acusación; respecto a; que la venta de las especies la hizo la acusada F. en virtud de una convención celebrada con el imputado A.A.G. A., consistente en el ofrecimiento de J.D.C.F.M. y la adquisición por parte de G. de estas especies, sin contar con los permisos y autorizaciones contempladas en la Ley de Control de Armas para el almacenamiento, ofrecimiento y adquisición; que dicha venta la efectuó en el lugar correspondiente al domicilio ubicado en Uruguay 2566; y que las mantenía consigo...de la prueba de cargo no se probó ninguna de dichas aseveraciones. No existió tal convención, típica de una compraventa como advierte el fiscal; las especies no fueron vendidas por F. sino por H. a G.*

... En definitiva, no hay indicio alguno que la vincule con la coordinación de la adquisición de las armas para G., con alguna negociación conducente, con su entrega, venta, tenencia, posesión, ni porte. La única conducta que pudo acreditarse de la prueba es haber viajado de Santiago a la V región en bus, donde se juntó con G. y se subió a su camioneta y recorrió ciertos lugares de la V región; siendo

partes, entre ellas el cilindro y el cañón, de constituir ilícito su porte, como correctamente se indica en el fallo. A mayor abundamiento, la certeza que reclama la recurrente alusiva a la aptitud de disparo pudiera tener cierta trascendencia al estar frente a un arma hechiza donde aquello es precisamente lo que la convierte en un elemento objeto de control de la ley de armas, pero no es el caso tratándose de un arma convencional construida precisamente con ese fin, respecto de la cual el informe técnico no constata ninguna modificación que impida el disparo, sino solamente un desperfecto que hace riesgoso su uso, pero en caso alguno muta su naturaleza y hace su porte impune al no existir peligro de afectación el bien jurídico protegido, esto es, el control del orden público a través de la restricción al porte de armas de fuego.”

45 VILLEGAS, La Ley..., ob. cit., p. 46.

más tarde detenida por la policía en el domicilio de H., momentos después de la detención de éste y el acusado G. en la vía pública en un lugar cercano a dicho domicilio. Conducta de la acusada F., que no configura delito alguno, por lo que se ha dictado a su respecto sentencia absolutoria. Efectivamente, el obrar de la acusada F. no se enmarca en un delito de tráfico ... De los dichos de testigos, lo cierto es que las únicas conductas que vincularían a la acusada con armas, son las que motivan este juicio en que solo hay un hecho que origina la acusación y se relaciona con la imputación a G. y el tercero -A.H.- condenado como autor de tenencia de armas con ocasión de este solo hecho”.

El Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Iquique, en fallo de 30 de julio de 2019, RUC 1800294292-1 analizó la calidad de autores de los acusados entendiendo que el ilícito de tráfico de armas es un delito de emprendimiento: [lo subrayado es nuestro] *“DÉCIMO: Finalmente, en cuanto a la participación de los enjuiciados en el delito asentado, ..., al identificar a A.V. y V.R. como quienes efectuaron las negociaciones relativas al arma; a A.R. y R.H. como los encargados de guardar y materializar la operación de venta del arma y a R.R., como el sujeto que debía trasladarla hasta la ciudad de Vallenar.*

En efecto, los testimonios referidos fueron contestes en describir las actividades que cada uno de los imputados ejecutaron, todas tendientes a lograr el fin común de comercializar el arma de fuego, lo que incluye su guarda y transporte hasta su destino final, en el sur del país, lo que se explica más aun considerando que el delito de tráfico ilícito de armas es uno de emprendimiento y en ese sentido cada uno de los actos están ligados y constituyen eslabones de una misma empresa delictual.

En este sentido, la intervención de todos los acusados fue de autor, por cuanto ejecutaron diversas acciones tendientes a que el delito se concretara, considerando que el dominio del hecho unitario era común a todos los hechos, existiendo una decisión conjunta sobre el mismo y en razón de lo anterior tomaron parte en la ejecución del delito, lo que se demuestra en que cada uno de los agentes contribuyeron de manera funcional a la ejecución total del hecho, de manera que la acción de uno complementa la de los otros en la totalidad del delito, manteniendo cada uno de ellos el co-dominio del hecho”.

Asimismo, el 6° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en resolución de 26 de noviembre de 2019, RUC 1701115141-8 y respecto de un caso de coautores del delito de tráfico de municiones concluye que: [lo subrayado es nuestro] *“... Así quedó acreditado, ... que ambos [acusados]⁴⁶ actuaron aunando sus voluntades para lograr el mismo fin, esto es, que R.M. adquirió voluntariamente y por mandato de J.P., una considerable cantidad de municiones para este último.*

46 Lo transcrito entre corchetes es nuestro.

Sin embargo, P. no contaba con la autorización para tal adquisición. Elemento del tipo que ambos conocían ... Ambos, sabiendo lo que hacían y queriendo hacerlo, dividieron las funciones, ya que dada la imposibilidad física de P. para desplazarse hasta el lugar de adquisición, M. ejecutó tal acción física, según se lo ordenó el primero, actuando en todo como autores directos e inmediatos ..., M. no adquirió las municiones para él conforme a la autorización con la que podría haber contado, sino que lo hizo para J.P., un tercero que no tenía autorización para ello. Esa adquisición para P., la efectuó al servicio de la orden que este último le dio y que él aceptó, de manera que conjuntamente ejecutaron la acción típica por la que se los acusó”.

En lo relativo a la participación de los acusados, en la sentencia del 6° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de 16 de mayo de 2019, RUC N° 1800111326-3 se tiene por acreditada la calidad de cómplice del intermediario en las transacciones: [lo subrayado es nuestro] *“VIGESIMO: Que, la participación culpable que en calidad de autor le cupo tanto al acusado G.A.H.R., por haber intervenido en el delito de tráfico ilícito de armas de una manera inmediata y directa en los términos prescritos por el artículo 15 N° 1 del Código Penal; como al encausado H.E.T.L. en calidad de cómplice, en los términos expresados por el artículo 16 del Código Penal, se acreditó, ...*

Los funcionarios policiales que participaron en el procedimiento de vigilancia, seguimiento y posterior detención de los acusados antes individualizados, y que declararon en el juicio oral, ... los incriminaron directa y resueltamente en la audiencia, reconociendo y sindicando a G.H.R. como el blanco principal del delito de tráfico ilícito de armas, en tanto que a H.T.L. lo reconocieron como el sujeto que servía de intermediario entre aquél y S.B.N., sujeto este último que era el receptor de las especies ...

Por otra parte, habiendo existido suficiente debate entre los intervinientes, el Tribunal estimó que la participación que le cupo a H.E.T.L. en los hechos que nos ocupan lo fue a título de cómplice toda vez que cooperó en la ejecución del ilícito por actos anteriores y simultáneos. Así, T.L. servía de intermediario entre el autor, que era el imputado G.H.R., y el receptor o adquirente de los dispositivos, que era S.B.N., de manera tal que aun cuando compartía un dolo común de traficar armas con H.R., no tenía el control total de las operaciones, sino que su labor era de cooperación o colaboración en la perpetración del ilícito”⁴⁷.

47 En esta misma calidad fue condenado uno de los imputados en el denominado caso Operación Houston, aunque en procedimiento abreviado por el Primer Juzgado de Garantía de Santiago, el 11 de junio de 2019, RUC N° 1800886546-5: *“En enero de 2018, M.S.M.V. cooperó en la importación e internación a Chile dos armas de fuego de tipo pistola y 8 cartuchos .45, sin contar con la debida autorización. La importación e internación al país se realizó solicitando a un tercero que enviara una encomienda internacional desde EE.UU. a Chile, con las armas de fuego escondidas en su interior, a nombre de J.V., “palo blanco” reclutado por J.F.G.M. con fecha 24 de*

VI. CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES

Otro aspecto abordado por los fallos pronunciados en relación con el delito de tráfico de armas es el concurso aparente de leyes penales de los delitos posesorios que tipifica la LCA y el tráfico de armas; materia también tratada por la doctrina⁴⁸.

Así, la sentencia del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de La Serena, de 12 de mayo de 2015, RUC N° 1400845099-5 establece que: [lo subrayado es nuestro] “... *En lo que respecta al delito de tenencia ilegal de armas de fuego, este no se configura, pues en juicio se acreditó un ilícito más específico –y más grave atendiendo a la pena máxima–, que es la fabricación, transformación y almacenamiento de armas de fuego y municiones. En efecto, es un requisito indispensable que quien fabrica, transforma y almacena armas de fuego y municiones, las posea o tenga en algún momento, razón por la cual condenarlo por dos delitos distintos, tomando como base el mismo hecho, vulneraría gravemente el principio del non bis in idem. En el caso subjudice, se ha configurado el delito cuya conducta con mayor precisión ejecutó el acusado de esta causa, y por el cual será condenado, en respeto de la obligación impuesta por el principio de legalidad*”. En el mismo sentido y en lo relativo a la conducta de celebrar convenciones, se pronuncian la sentencia del 4° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de 18 de enero de 2018, RUC N° 1600653683-6 y la resolución del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Iquique, de 30 de julio de 2019, RUC N° 1800294292-1.

enero de 2018, funcionarios del Servicio Nacional de Aduanas que desempeñaban sus funciones en el sistema de escáner ubicado en las dependencias de Correos de Chile del Aeropuerto Arturo Merino Benítez, constataron que el paquete identificado como EH005093888US, cuyo destinatario era J.V., contenía en su interior ropa, juguetes y 01 reproductor de DVD, y descubrieron que este aparato, a su vez, tenía ocultas en su interior las siguientes especies: 01 arma de fuego tipo pistola, marca Glock, modelo 21, calibre .45, número de serie FLU275, fabricada en Austria, con 4 cargadores con capacidad para 13 cartuchos .45, compatibles con el arma. 01 arma de fuego tipo pistola marca Tanfoglio, modelo Cocoa FLA, calibre .45, número de serie EA31407 11404, fabricada en Italia, con su respectivo cargador con capacidad para 10 cartuchos .45 8 cartuchos .45

Una vez que supieron que la encomienda había llegado a Chile, con fecha 1 de febrero de 2018, F.G.M. y M.S.M.G. llevaron al “palo blanco” J.E.V.D. hasta la sucursal de Correos de Chile ubicada en Av. Centenario ..., San Antonio, en el vehículo marca Kia, ..., de propiedad de G.M., para que retirara la encomienda. M.S.M.G. y J.E.V.D. ingresaron a la sucursal para retirar la encomienda, sin embargo, no pudieron hacerlo debido a que los funcionarios de Correos de Chile les dijeron que el retiro solo podría hacerse a partir del día siguiente.

Al día siguiente, 2 de febrero de 2018, M.S.M.G. volvió a llevar a J.E.V.D. hasta la sucursal de Correos de Chile de San Antonio, esta vez en la camioneta marca Mitsubishi, ..., de propiedad de M.G.V.D. ingresó solo a la sucursal y recibió la encomienda, en el marco de una entrega controlada autorizada por el Juez de Garantía, siendo detenido momentos después, mientras que M.G. huyó al percatarse de la presencia de funcionarios policiales que seguían a V.D.”.

48 Abordan la temática del concurso aparente de leyes penales en estos delitos: BASCUR, ob. cit., págs. 574- 575; CEY y MORALES, ob. cit., págs. 145-147; 153-154, entre otras; VILLEGAS, La Ley..., ob. cit., p. 33.

El 5° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en resolución de 13 de octubre de 2019, RUC 1600619205-3 destaca algunos elementos adicionales para la resolución del concurso aparente de leyes penales en estos casos: [lo subrayado es nuestro] “SEPTIMO: ... a) *Que para configurar los tipos penales de tenencia ilegal de arma de fuego y porte o tenencia ilegal de municiones...*, es menester al instructor acreditar que los imputados mantenían en su poder una o más armas de fuego convencional o prohibida y municiones, sin el permiso establecido en el artículo 4°, esto es, a) que poseían o mantenían las especies, incorporándolas en su esfera potestativa, sin importar si aquello ha ocurrido con arreglo o no a derecho ... Esta idea de esfera potestativa (a la que aludimos), está integrada, a su vez, por tres elementos, “custodia, vigilancia y actividad”. El primero de estos elementos, supone cierto control del agente, ya sea porque la tiene a la vista, en su presencia o con la posibilidad inmediata de recuperarla. La vigilancia supone una suerte de certeza de cuidado que no necesariamente es personal o directa, aunque evidentemente no está excluida y, por último, en la actividad el sujeto activo o agente mantiene subordinada la especie a través de un complejo de condiciones estrechamente inherentes a su persona y que se representan por símbolos o datos prácticos y concretos que recuerdan por así decir, la vigencia del poder del sujeto activo, es decir, su órbita de actividad.

b) *En lo tocante al delito de tráfico de armas, se trata de un tipo penal independiente, con multiplicidad de hipótesis o verbos rectores ... De lo anotado, fuerza concluir que en los supuestos donde la realización de la acción típica presuponga al mismo tiempo la mantención de una custodia sobre el o los objetos, cabría apreciar un concurso aparente por consunción respecto a los tipos penales genéricos en cuanto actos simultáneos copenados...*”.

Por otra parte, el Tribunal del Juicio Oral de Arica, en resolución de 14 de noviembre de 2016, RUC 1500767713-5 sanciona por los ilícitos de tráfico de armas y de municiones, así como por tenencia ilegal de armas y de municiones puesto que cada uno de estos ilícitos recaía sobre objetos materiales distintos.

De la lectura de los fallos consignados, queda claro que los tribunales han optado por aplicar la figura del artículo 10 de la LCA por sobre las figuras posesorias imputadas por la Fiscalía, aplicando los criterios de solución desarrollados en materia de concurso aparente de leyes penales.

VII. CONCLUSIONES

Si bien el desarrollo doctrinal y jurisprudencial en relación con el delito tipificado en el artículo 10 de la Ley N° 17.798 ha sido escaso, en los últimos años se advierte un incremento importante en las investigaciones por este tipo penal, obteniéndose los primeros fallos en sede de tribunal oral, lo que ha generado las primeras discusiones sobre el ámbito de aplicación de la figura descrita en la aludida norma. Asimismo, hay algunas investigaciones formalizadas por este

delito vinculadas a la asociación ilícita y un fallo condenatorio por el delito de lavado de activos con tráfico de armas como delito base⁴⁹.

Del análisis de dichas sentencias, se observa que algunos tribunales destacan como criterio rector en la interpretación del bien jurídico protegido en los delitos de la LCA, aquel establecido en el artículo 103 de la Constitución Política del Estado. Asimismo, hay consenso en la doctrina en cuanto a que estos delitos son de peligro abstracto.

Por otra parte, y vinculado a las conductas punibles, las resoluciones de los tribunales giran en torno a los verbos rectores de fabricar, adaptar, transformar y almacenar y los elementos probatorios que se han tenido en cuenta para configurarlas. Otra de las conductas analizadas ha sido la de celebrar convenciones, a cuyo respecto se ha discutido si es necesario que se celebren varias convenciones o basta una de ellas para configurar este ilícito, planteándose por la defensa que se requiere más de un arma o munición para configurar el delito de tráfico de armas. Es en relación con esta conducta, que los tribunales describen dinámicas de traspaso de armas desde el mercado legal al ilícito.

Asimismo, ante la argumentación levantada por las defensas relativa a la concurrencia de ánimo de lucro en las transacciones recaídas sobre armas para configurar el delito de tráfico, en general, ésta se ha descartado por los tribunales atendido que el tipo penal no lo exige y es irrelevante para la puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Otro punto que ha recogido la jurisprudencia, en algunos casos, es la necesidad de probar la aptitud de disparo de armas y municiones, la que sin ser un requisito del tipo penal se relaciona con la puesta en peligro del bien jurídico protegido en los delitos de la LCA. En este aspecto se observa que los tribunales han elevado el estándar probatorio para tener por acreditados estos ilícitos, exigiendo muchas veces pruebas periciales balísticas, probablemente atendida la alta penalidad asociada a este tipo penal y a la imposibilidad de optar a penas sustitutivas.

Algunos tribunales han absuelto a acusados cuya autoría no ha quedado establecida claramente con la prueba rendida en juicio y otros han delimitado grados de participación respecto de los acusados originalmente imputados como autores por la Fiscalía.

El otro aspecto analizado por los tribunales se refiere al concurso aparente de leyes penales, específicamente, el del tráfico de armas y los delitos posesorios que sanciona la LCA, decantándose por aplicar la figura del artículo 10 por ser la más grave y cubrir las conductas posesorias, a menos que cada uno de estos tipos penales recaiga sobre objetos materiales diversos.

49 Sentencia del 9° Juzgado de Garantía de Santiago, de fecha 24 de octubre de 2018, RUC N° 1700694400-0.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN RESPONSABILIDAD PENAL
ADOLESCENTE Y VIOLENCIA
INTRAFAMILIAR

LA DISCUSIÓN EN TORNO A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 369 QUÁTER DEL CÓDIGO PENAL A LOS ADOLESCENTES INFRACTORES Y LA NECESIDAD DE REGULAR LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE

María José Taladriz Eguiluz¹

Resumen

El 18 de julio de 2019 entró en vigencia la Ley N° 21.160 que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra niñas, niños y adolescentes, excluyendo a los adolescentes de sus disposiciones y suprimiendo el artículo 369 quáter del Código Penal que suspendía el inicio del cómputo de la prescripción en estos casos hasta que las víctimas alcanzaran la mayoría de edad, disponiendo que para los hechos cometidos con anterioridad a su publicación, la norma continuará vigente. A su vez, la aplicación de la norma a los adolescentes ha sido objeto de discusión doctrinaria, de interpretaciones jurisprudenciales diversas por parte de las Cortes de Apelaciones del país y de un vuelco reciente en la jurisprudencia de la Corte Suprema lo que exige revisar la idoneidad de la normativa actual.

I. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 21.160 se ha querido proteger los derechos más esenciales de los niños como son aquellos que dicen relación con la indemnidad sexual, la integridad física y síquica de los mismos, más allá de que en su momento no se encuentren en condiciones de denunciar los hechos de que han sido víctimas, en atención a la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, no sólo por tratarse de menores de edad, sino que además, por ser víctimas de delitos sexuales, donde en la mayoría de estos casos, el agresor es un familiar o conocido.

La nueva ley excluye de la aplicación de sus disposiciones a los adolescentes y suprime el artículo 369 quáter del Código Penal que suspendía el inicio del cómputo de la prescripción en delitos sexuales cometidos contra menores de edad hasta que éstos alcanzaran la mayoría de edad, quedando sujetos a los plazos de prescripción previstos en la Ley sobre Responsabilidad Penal Adolescente, y a la regla general sobre el inicio del cómputo de la prescripción

1 Abogada, Subdirectora de la Unidad de Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

del artículo 95 del Código Penal que dispone que empezará a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito, regulación que en nuestra opinión deja a los niños víctimas de estos delitos en una situación compleja e injusta cuando su agresor ha sido adolescente, ya que en la práctica conllevará a la impunidad de estos delitos. Sin embargo, según la nueva normativa el artículo 369 quáter seguirá vigente tratándose de hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 21.160.

De este modo, coexisten para los adolescentes, dos estatutos de prescripción, el primero para los delitos cometidos entre el 31 de agosto de 2007, fecha en que entró vigencia la Ley N° 20.207 que incorporó el artículo 369 quáter al Código Penal, y el 18 de julio de 2019, fecha de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.160, en el que corren los términos de prescripción de la acción penal previstos en el artículo 5 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, en adelante indistintamente Ley N° 20.084 o LRPA, cuyo cómputo se iniciará el día en que la víctima menor de edad alcance los 18 años, según la posición del Ministerio Público; y el segundo, para los delitos cometidos a partir de la entrada en vigencia de la ley que declara la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos en contra de personas menores de edad, período en el que correrán los plazos de prescripción previstos en el artículo 5 de la LRPA, pero a partir del día en que se hubiere cometido el delito, según las reglas generales. Esta situación exige ponderar los bienes jurídicos y principios que colisionan cuando se establecen estatutos de protección respecto a una misma categoría de sujetos, esto es, menores de edad, por una parte, infractores de ley penal y, por otra, víctimas de delitos sexuales.

En atención a la coexistencia de dos estatutos de prescripción que tratan de delitos sexuales cometidos por adolescentes en contra de niñas y niños, se pretende en este artículo, dar a conocer, por una parte, el debate que se ha planteado ante las diversas Cortes de Apelaciones y Excma. Corte Suprema, relacionado con la jurisprudencia en uno y otro sentido en cuanto a la aplicación del artículo 369 quáter a los adolescentes infractores y, por otra, revisar la idoneidad de la normativa actual.

II. LA PRESCRIPCIÓN EN LA LEY N° 20.084 Y LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 369 QUÁTER DEL CÓDIGO PENAL A LOS ADOLESCENTES

La Ley N° 20.084 regula la prescripción en materia de responsabilidad penal adolescente en su artículo 5, limitándose a rebajar los plazos generales de la misma, con excepción de las faltas, al disponer que la prescripción de la acción penal y de la pena *“será de dos años, con excepción de las conducta constitutivas de crímenes, respecto de las cuales será de cinco años, y de las faltas, en que será de seis meses”*; y si bien su aplicación práctica ha dado lugar a diversas discusiones

jurisprudenciales², en este apartado se analizará sólo aquella centrada en la procedencia del artículo 369 quáter del Código Penal respecto de imputados adolescentes a la fecha de la comisión de los hechos, sin embargo, en forma previa, nos referiremos a la regulación de la prescripción en la Ley N° 20.084 y a la supletoriedad penal en esta materia.

Como se desprende del tenor literal del artículo 5 de la Ley N° 20.084, éste no resulta autosuficiente, por cuanto se limita a reducir los plazos de la prescripción general, tanto de la acción penal como de la pena, debiendo aplicarse en todo lo demás las normas sobre prescripción que establece el Código Penal, en razón del principio de supletoriedad del Código Penal consagrado en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 20.084, resultando en consecuencia, plenamente aplicables las normas sobre prescripción previstas en el Código Penal.

Así lo afirmó el profesor BUSTOS, al referirse a la supletoriedad penal en el sistema de responsabilidad penal adolescente, al señalar que las normas del Código Penal tienen plena aplicación en materia de acción y de omisión; de dolo y culpa; de los actos preparatorios, tentativa y frustración; de los conceptos de autor, instigador, cómplice y encubridor, en materia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y en las causas que la extinguen, dentro de las que se incluye la prescripción de la acción penal y la pena, de manera que “[en] cuanto a las demás reglas sobre la prescripción, momento en que empieza a correr, interrupción, suspensión, etc., hay que estarse a lo que contempla el [Código Penal] de adultos”³.

En el mismo sentido se pronuncia el profesor HERNÁNDEZ, al señalar que son aplicables a las prescripciones previstas en el artículo 5 de la Ley RPA, todas y cada una de las reglas sobre prescripción, tanto del delito como de la pena, que establece el Código Penal, sin restricciones de ningún tipo⁴.

2 Las discusiones se han centrado principalmente en la aplicación supletoria del Código Penal en materia de prescripción, en la consideración de la pena en abstracto o con la rebaja prevista en el artículo 21 de la LRPA para el cómputo de la prescripción. Asimismo, se ha cuestionado si los plazos previstos en el artículo 5° constituyen plazos de prescripción general u ordinaria o prescripciones especiales de corto tiempo, lo que importa admitir o no la media prescripción o la prescripción gradual regulada en el artículo 103 del Código Penal y en algún tiempo también se discutió si en la prescripción de la reincidencia debían aplicarse los plazos del artículo 5 de la LRPA o aquellos establecidos en el artículo 104 del Código Penal.

3 BUSTOS, Juan. *Derecho Penal del niño – adolescente*. Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, págs. 33 y 34.

4 HERNANDEZ, Héctor. “La prescripción como causa de extinción de la responsabilidad penal en la Ley 20.084”. En: *Estudios de Derecho Penal Juvenil II*, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, n° 2, Santiago, Chile, 2011, p. 158.

Si bien la LRPA establece un régimen especial de responsabilidad penal para los adolescentes, son innumerables las materias en las que se han aplicado supletoriamente las referidas disposiciones. En efecto, diversa es la jurisprudencia que ha sostenido una interpretación en favor de aplicar distintas normas penales generales y especiales a propósito de procesos penales seguidos contra adolescentes, teniendo en cuenta que éstos ya se encuentran sometidos a un régimen penal especial.

A modo de ejemplo, en cuanto a la normativa general, consagran la supletoriedad penal, entre otras, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 1356-2013, de 24 de octubre de 2013, en materia de cuasidelitos; y las sentencias de la Corte Suprema Rol N° 7670-2012, de 13 de diciembre de 2012; Rol N° 7364-2012, de 4 de diciembre de 2012; Rol N° 3515-13, de 15 de julio de 2013 y Rol N° 4419-2013, de 17 de septiembre de 2013, en materia de reincidencia, precisando que el último fallo mencionado incorpora a la supletoriedad penal, el principio de especialidad entendido como un reforzamiento del sistema.

Por su parte, en cuanto a la aplicación de normas penales especiales, la Corte de Apelaciones de Temuco en sentencia Rol N° 611-2018, de 6 de agosto de 2018, estableció que la modificación legal introducida por la Ley N° 20.066, sobre violencia intrafamiliar, al artículo 494 N° 5 del Código Penal, limitando la discrecionalidad del juez, al impedirles calificar como leves las lesiones provocadas en contexto intrafamiliar, es aplicable a los adolescentes. En el mismo sentido, la Corte de San Miguel, en sentencia Rol N° 1931-2017, de 28 de agosto de 2017.

En consecuencia, teniendo presente el principio de supletoriedad sustantiva y la falta de regulación de los restantes aspectos que involucra la prescripción, rigen en esta materia, las normas generales previstas en el Código Penal, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema y de diversas Cortes de Apelaciones del país.

Así, en relación con el punto de referencia, para el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal, la lógica del sistema general es que debe considerarse la pena en abstracto, sin aplicar en forma previa las normas sobre determinación de penas previstas en los artículos 50 y siguientes del Código Penal⁵. Este criterio general ha sido recogido por diversas Cortes

5 En este sentido, CURY, Enrique. *Derecho Penal, parte general*. 7ª ed., Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 800; ETCHEBERRY, Alfredo. *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, p. 254 y POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 583.

de Apelaciones del país para computar plazos de prescripción de la acción penal respecto de adolescentes, sin considerar la rebaja prevista en el artículo 21 de la Ley N° 20.084. Es el caso de la sentencia Rol N° 776-2017 de la Corte de Apelaciones de Valdivia; sentencia Rol N° 159-2016 de la Corte de Apelaciones de Copiapó; sentencia Rol N° 92-2016 de la Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencias Rol N° 933-2015 y Rol N° 147-2015 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso; sentencias Rol N° 97-2016, Rol N° 1605-2012 y Rol N° 176-2012 de la Corte de Apelaciones de San Miguel; y sentencias Rol N° 198-2012 y Rol N° 185-2012 de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

Por su parte, la Excma. Corte Suprema ha considerado la procedencia de la internación provisoria en adolescentes formalizados por crímenes, considerando la pena en abstracto, a saber, sentencias Rol N° 41017-2016, Rol N° 18.437-16, Rol N° 4036-2012 y Rol N° 3191-07, entre otras. Cabe señalar que el criterio de las sentencias indicadas resulta absolutamente razonable, si se considera que se trata de categorías en abstracto, que proporcionan mayor seguridad jurídica.

Particularmente, en materia de prescripción en responsabilidad penal adolescente, la Excma. Corte Suprema en sentencia **Rol N° 35.575-16, de 10 de agosto de 2016**, se refiere a la suspensión del plazo de prescripción regulado en el artículo 96 del Código Penal, estableciendo que para determinar la misma, no sólo debe estarse a la fecha de la formalización de la investigación, sino también a la fecha de la querrela y la denuncia, reduciendo el plazo de prescripción establecido en el artículo 5 de la Ley N° 20.084, a aquel que haya correspondido a la suspensión iniciada con la denuncia o querrela.

La sentencia de la Excma. Corte establece que: *“... si bien es cierto el artículo 233 del Código Procesal Penal establece entre los efectos más importantes de la formalización el de la suspensión del cómputo del tiempo necesario para la prescripción de la acción penal, ciertamente no es la única actuación o diligencia que acarrea esa consecuencia. En efecto, el artículo 96 del Código Penal, que en sus alcances no se vio alterado con la reforma procesal penal, resulta aplicable en la especie y por ende fija la suspensión del plazo de la prescripción desde que el procedimiento se dirige contra el hechor, lo que puede ocurrir aún antes de la formalización”. El fallo agrega que: “... el artículo 172 del Código Procesal Penal señala entre los medios idóneos para iniciar la indagación de un hecho que revista caracteres de delito la denuncia y la querrela, actuaciones que evidencian en quien las formulan la intención de cooperar en la actividad necesaria para la averiguación del hecho delictivo y sus partícipes, vale decir, constituyen aquellas actuaciones que producen el efecto de suspender el curso de la prescripción, al tenor del artículo 96 del Código Penal. Cabe destacar que la denuncia en este caso la formula la policía, donde ha debido dar cuenta de las circunstancias que rodearon la detención del imputado, con indicación de la fecha, lugar, intervinientes y todo cuanto rodeó a*

la perpetración de los delitos que se le atribuye” (considerando décimo cuarto). La sentencia concluye que: “...restringir a la sola formalización la virtud de suspender el curso de la prescripción no sólo pugna con el texto expreso de la ley penal sino que puede acarrear, como consecuencia, que el plazo de prescripción quede entregado a variables administrativas o a la incomparecencia del imputado que voluntariamente se sustrae a la acción de la justicia, aspectos que escapan a lo que es exigible al Ministerio Público” (considerando décimo quinto).

En consecuencia, en materia de prescripción rigen respecto de los adolescentes infractores el artículo 5 de la Ley N° 20.084, las normas sobre prescripción previstas en el Título V del Libro I del Código Penal, resultando aplicables a los adolescentes las normas sobre interrupción, suspensión y momento en que empieza a correr la misma para todos los delitos, excepto los delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad, que en cuanto al inicio del cómputo de la prescripción, se regulan por el artículo 369 quáter, introducido al Código Penal mediante la Ley N° 20.207. Además, para los delitos sexuales cometidos en contra de niñas y niños, respecto de hechos ocurridos a partir del 18 de julio de 2019, rige la Ley N° 21.160 que declara la imprescriptibilidad de la acción penal en estos casos.

1. Antecedentes del artículo 369 quáter del Código Penal⁶

La regla del artículo 369 quáter del Código Penal, supone una importante excepción a la regla general del artículo 95 del mismo cuerpo legal, pues el efecto que persigue es “congelar”⁷ el inicio de los plazos referidos hasta que la víctima alcance la mayoría de edad, lo que acarrea como consecuencia, la prolongación del tiempo necesario para la prescripción de determinados delitos sexuales cometidos contra niñas, niños y adolescentes. La justificación que generalmente se ha dado en el derecho comparado a reglas como ésta, y con mayor razón al régimen de imprescriptibilidad, es que la experiencia ha demostrado que los delitos sexuales con víctimas menores de edad tardan mucho tiempo en trascender, ya sea *“porque la víctima se halla sometida a la presión del autor o no se atreve a hablar por encontrarse bajo su dependencia”* o

6 Sobre las dificultades del artículo 369 quáter en general, véase OSORIO, Enzo. “Prescripción de los delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes. Cuestiones que plantea la aplicación del artículo 369 quáter del Código Penal”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 65, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2015, págs. 115-138.

7 RAGUES, Ramón. *La prescripción penal: fundamento y aplicación*. 1ª ed., Barcelona, España, Editorial Atelier, 2004, págs. 151 y 152 y RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2015, p. 402.

porque por su inmadurez no es consciente de la naturaleza de la conducta que ha sufrido, como sucede con frecuencia en los casos de delitos sexuales⁸.

Durante la tramitación de la Ley N° 20.207, se fundamentó la incorporación del artículo 369 quáter al Código Penal como “una medida de protección a favor de los menores de edad que hayan sido víctimas de abusos de carácter sexual”. Con la norma, se buscaba suspender la prescripción de la acción penal hasta que el menor alcanzara los 18 años de edad, “por cuanto aquellos menores que son víctimas de un abuso de carácter sexual no se representan tal conducta como algo ilícito, algo que solamente perciben como tal al llegar a la mayoría de edad. Igualmente, muchas veces las condiciones del entorno del menor les inhibe para denunciar”. Además, se sostuvo que en la mayoría de los casos se trata de acciones reiteradas, las que no son, generalmente, denunciadas, porque los menores [de edad] no tienen, dada su falta de madurez, conciencia suficiente como para evaluar el contenido e intencionalidad de estos actos o, también, por temor al agresor, y sólo toman conciencia del abuso al llegar a la adultez” o a una edad más avanzada de la que tenían al momento de ser víctimas⁹.

En la doctrina, no existe consenso en cuanto a la naturaleza del artículo 369 quáter¹⁰, en el sentido de establecer si se trata o no de un caso de suspensión del término de la prescripción, sin embargo, se ha señalado que esta regla supone un obstáculo, cual es, la minoría de edad de la víctima, que impide el inicio del cómputo de la prescripción¹¹. Por su parte, quienes sostienen que se trata de un caso de suspensión del cómputo de la prescripción, se fundan en que el artículo 96 del Código Penal no es taxativo y que la suspensión de la prescripción es comprensiva de casos “en que se retrasa el inicio del cómputo”, agregando que los motivos clásicos de la suspensión calzan con el fundamento de la nueva norma¹². Sin embargo, se ha señalado en contra, que no puede considerarse un tipo de suspensión, sino sólo una modificación tácita del tipo de acción penal, por cuanto de conformidad a lo establecido en el artículo 96 del Código Penal, la suspensión supone el inicio del procedimiento en contra del imputado y no una traba para la persecución penal¹³.

8 RAGUES, *ob. cit.*, págs. 151 y 152.

9 Historia de la Ley N° 20.207, p. 51.

10 OSORIO, *ob. cit.*, p. 117.

11 CABEZAS, Carlos. “Prescripción de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de los menores de edad: problemas aplicativos del artículo 369 quater del Código Penal” [en línea]. En: *Política Criminal*, Vol. 8, N° 16, Chile, Universidad de Talca, diciembre 2013, p. 388. Disponible en: www.politicacriminal.cl [fecha de consulta: 20 de diciembre de 2019].

12 Ibid.

13 PEÑA, Silvia y SANTIBÁÑEZ, María Elena. “La prescripción de delitos sexuales contra menores de edad. Modificaciones introducidas por la ley N° 20.207” [en línea]. En: *Microjuris.com, MJCH_MJD188/MJD188*, Chile, Microjuris, 2 de enero de 2008.

No obstante, el efecto que produce la norma en comento es “*un aumento indirecto e indeterminado del plazo de prescripción*”. Indirecto, por cuanto no se trata de modificar los términos previstos en el artículo 94 del código punitivo, sino de ampliarlos, por la vía de postergar su inicio; e indeterminado, porque en definitiva el lapso necesario para la prescripción dependerá de la edad de la víctima al ocurrir los hechos¹⁴.

En cuanto a la aplicación de la norma, según estadísticas del Ministerio Público¹⁵, durante el año 2018 ingresaron 1.119 casos con imputados adolescentes por delitos sexuales en contra de personas menores de edad, lo que representa el 4,3% del total de casos con imputados adolescentes ingresados al sistema penal. De éstos, en 110 (93 crímenes y 17 simples delitos), habían transcurridos los plazos de prescripción previstos en el artículo 5 de la LRPA al momento de la denuncia, lo que corresponde al 9,8% del total de casos de dichas características. Sin embargo, a pesar de que la discusión puede suscitarse en no muchos casos, es posible constatar que el 93% de los casos afectan a víctimas menores de 14 años y se refieren a los delitos de abusos sexuales c/contacto corporal (artículo 366 bis del Código Penal), violación (artículo 362 del Código Penal) y abuso sexual sin contacto corporal (artículo 366 quáter incisos 1° y 2°).

Si bien el artículo 369 quáter fue incorporado al Código Penal por el artículo único de la Ley N° 20.207, de 31 de agosto de 2007, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.084, el 8 de junio del año siguiente, sin que esta última la excluyera de su aplicación a los adolescentes y la consagración en la misma del principio de supletoriedad sustantiva, la jurisprudencia de las diversas Cortes de Apelaciones del país no ha sido uniforme a lo que se suman tres sentencias recientes de la Excma. Corte Suprema que declaran la improcedencia del artículo 369 quáter en los casos de delitos cometidos por adolescentes.

A continuación revisaremos las argumentaciones en torno a la procedencia o improcedencia del artículo 369 quater respecto de adolescentes infractores, intentando identificar los derechos que colisionan en estos casos, haciendo presente desde ya, la imperiosa necesidad de ponderar dichos derechos, con el fin de intentar establecer si transcurrido cierto tiempo sin que se haya perseguido un delito sexual cometido por un adolescente en contra de una niña o niño, la responsabilidad de su autor debería desaparecer o no.

14 En este sentido PEÑA y SANTIBÁÑEZ, *ob. cit.*, y OSORIO, *ob. cit.*, p. 137.

15 Información extraída del Sistema Informático SAF del Ministerio Público.

2. Principales discusiones sobre la aplicación del artículo 369 quáter del Código Penal a los adolescentes infractores

El debate para determinar si la acción penal se encuentra o no prescrita, cuando la víctima menor de edad de un delito sexual denuncia después de transcurridos los plazos de prescripción previstos en el artículo 5 de la LRPA, se ha planteado en general sobre la base de entender que existiría contraposición entre el mencionado artículo 5 y el artículo 369 quáter del Código Penal que suspende el plazo de prescripción de la acción en estos casos.

Así, la Defensoría Penal Pública ha sostenido que, para los adolescentes, es inaplicable el plazo de suspensión previsto en el artículo 369 quáter del Código Penal, toda vez que considera que esta regla es propia de un régimen de responsabilidad penal de adultos, invocando la prevalencia del artículo 5° de la Ley N° 20.084 por sobre el artículo 369 quáter del Código Penal y la consecuente aplicación a este respecto de la regla del artículo 95 del mismo cuerpo legal, según el cual, el cómputo de la prescripción debe iniciarse “*el día en que se hubiere cometido el delito*”¹⁶, sin afectar con ello, el principio de supletoriedad penal consagrado en el artículo 1 de la Ley N° 20.084.

Siguiendo al profesor MAÑALICH, sostienen que con la aplicación de la norma referida a los adolescentes infractores se vulneran los principios de especialidad, de celeridad en la respuesta punitiva a su respecto y, como consecuencia de lo anterior, la aplicación subsidiaria de la normativa general contenida en el Código Penal, además de señalar que la aplicación de la norma podría conllevar a situaciones absurdas¹⁷.

Por su parte, el Ministerio Público es de la postura de que tratándose de delitos sexuales cometidos por adolescentes con anterioridad al 18 de julio de 2019, rige la Instrucción General del Fiscal Nacional, que imparte criterios de actuación en materia de responsabilidad penal adolescente contenida en el Oficio FN N° 330/2018, numeral 3.1., del Título I, que instruye a los fiscales aplicar los plazos previstos en el artículo 5 de la LRPA, a partir del momento en que la víctima menor de edad cumple 18 años o desde que denuncie, si lo hace antes de alcanzar la mayoría de edad, por cuanto se trata de una regulación específica en materia de delitos sexuales, que tiene por objeto proteger a los niños víctimas de estos delitos evitando la impunidad.

16 MAÑALICH, Juan Pablo. “Los plazos de prescripción de la acción penal de la Ley de responsabilidad penal de adolescentes frente al art. 369 quáter del Código Penal”. En: *Estudios de Derecho Penal Juvenil IV*, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, n° 13, Santiago, Chile, 2013, p. 230.

17 MAÑALICH, *ob. cit.*, p. 232.

Siguiendo la instrucción, los argumentos invocados son que la Ley N° 20.084 entrega plazos especiales de prescripción, pero no señala desde cuándo se cuentan y que la Ley N° 20.207, que incorporó la norma en comento al Código Penal es posterior a la fecha de entrada en vigencia del sistema de responsabilidad penal adolescente, rigiendo la supletoriedad penal.

También sostiene que el texto del artículo 369 quáter constituye una clara opción del legislador en favor de la víctima menor de edad, sin distinguir entre los imputados mayores y los menores de edad. El problema entonces dice relación con que, por una parte el legislador a través del artículo 369 quáter del Código Penal ha querido proteger los derechos más esenciales de los niños como son aquellos que dicen relación con su indemnidad sexual, integridad física y psíquica, en concordancia con el principio del interés superior, más allá de que en su momento no se encuentre en condiciones de denunciar en atención a su especial situación de vulnerabilidad; y por otra, con los principios de celeridad y especialidad invocados por la Defensoría Penal, que rigen el juzgamiento de los infractores adolescentes, a lo que se suma la circunstancia de que éste haya alcanzado la mayoría de edad a la fecha de la eventual condena.

2.1. La supletoriedad penal y la suspensión de la prescripción en delitos sexuales contra menores de edad

La única norma que regula la prescripción en la Ley N° 20.084 es el artículo 5 de la LRPA que sólo establece plazos más breves de prescripción en relación con la regulación general, por lo que no regula la forma en que deben computarse dichos plazos, debiendo aplicarse las disposiciones del Código Penal, en virtud del artículo 1, inciso segundo, del propio estatuto. Por tanto, no es un asunto controvertido, ni la supletoriedad del Código Penal en esta materia, ni la aplicación de los plazos más breves de prescripción establecidos por la Ley N° 20.084.

Al respecto, debe tenerse presente que, el artículo 5 de la Ley N° 20.084 y el artículo 369 quáter del Código Penal regulan situaciones jurídicas distintas, por cuanto el primero establece el plazo de prescripción dependiendo si se trata de faltas, simples delitos o crímenes, mientras que el segundo regula el momento a partir del cual, dicho plazo comienza a correr, alterando la regla general contenida en el artículo 95. Así, la discusión no es la preferencia entre la norma especial de la Ley N° 20.084 y la norma especial del artículo 369 quáter del Código Penal, sino la aplicación preferente de esta última respecto de la regla general del artículo 95 del mismo código, la que resulta compatible con la norma del artículo 5 de la LRPA, tal como lo ha señalado la jurisprudencia. Ver sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 997-2014, de 14 de julio de 2014.

Entonces, no obstante haberse establecido que prima el artículo 5 de la LRPA por sobre el artículo 369 quáter, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en sentencias Rol N° 3-2017, de 5 de febrero de 2018 y Rol N° 453-2017, de 8 de septiembre de 2017, entre otras, centra la discusión principalmente en determinar cuál de las normas del Código Penal, sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción, debe aplicarse al imputado adolescente, si el artículo 369 quáter o el artículo 95.

Al respecto, cabe precisar que esta última norma es de carácter general, resultando aplicable para toda clase de delitos y víctimas, en circunstancias que el artículo 369 quáter es una norma doblemente especial, por cuanto fue establecida sólo para determinados delitos sexuales, así como también en consideración a sus sujetos pasivos, víctimas menores de edad al momento de comisión de los hechos. Es esta doble especialidad de la norma, en virtud de principios hermenéuticos básicos, que permiten sostener que el artículo 369 quáter debe primar sobre el artículo 95, tratándose de una regulación específica en materia de delitos sexuales, que tiene por objeto proteger a los niños víctimas de estos delitos evitando la impunidad con independencia de si la víctima denunció antes de alcanzar la mayoría de edad, ya que el plazo cede en su favor, lo que ha sido reconocido nuestra jurisprudencia¹⁸.

Cabe hacer presente que esta norma sólo opera en favor de las víctimas menores de edad y en los casos en que por las características del delito y las circunstancias de las víctimas, “el delito no trasciende, no es conocido”¹⁹, por lo que se ha sostenido que no tendría sentido postergar el inicio de una eventual prescripción hasta que la víctima alcance la mayoría de edad, cuando el hecho ya ha sido denunciado y el ofendido conoce su condición de tal, pues resultaría una exigencia carente de fundamento²⁰. Sin embargo, existen diversos fallos con imputados adultos, que a propósito del reconocimiento o no de la media prescripción señalan que el inicio del cómputo de la prescripción de la acción penal en los casos de delitos sexuales con víctimas menores de edad, es a partir del momento en que éstas alcanzan la mayoría de edad, no obstante haberse iniciado el proceso penal con anterioridad. En este sentido la Corte Suprema en sentencia Rol N° 2876-2019, de 9 de abril de 2019 y sentencia Rol N° 23.295-18, de 26 de noviembre de 2018.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia Rol N° 12-2018, de 2 de febrero de 2018, ha establecido que “tratándose de una

18 Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de 14 de julio de 2014, Rol N°997-2014, entre otras.

19 CABEZAS, *ob. cit.*, p. 396.

20 RAGUES, *ob. cit.*, p. 154.

víctima nacida el 20 de junio de 2003, el plazo de prescripción de la acción penal no ha empezado a correr, toda vez que se encuentra suspendido por expresa disposición del artículo 369 quáter del Código Penal”, agregando que de “aceptarse la posición contraria, esta última disposición no tendría aplicación en este caso ni en muchos otros en los que la víctima, por su corta edad, no tendría la oportunidad de ejecutar la acción, efectuándose una diferenciación que el artículo 369 quáter del Código Penal, no hace, no correspondiendo, por tanto, hacerla al sentenciador” (considerando sexto).

En consecuencia, el artículo 369 quáter resguarda el interés superior de las niñas y niños víctimas de delitos sexuales, al introducir una importante excepción a la regla general contenida en el artículo 95 del Código Penal, que establece que el cómputo del plazo de prescripción comienza el día de la comisión del delito; y a la regla prevista en el artículo 101 del mismo código, según la cual, la prescripción corre a favor y en contra de toda clase de personas, al suspender el inicio de dichos plazos respecto de los injustos a los que la norma se refiere.

Sobre el particular, cabe señalar que la Corte de Apelaciones de Punta Arenas en sentencia Rol N° 211-2019, de 9 de diciembre de 2019, señala que no existe una colisión normativa entre las disposiciones que regulan el momento a partir del cual debe iniciarse el cómputo de la prescripción de la acción penal, *“por cuanto el artículo 369 quáter es especialísimo en relación al artículo 95 del Código Penal...”*, no siendo una disposición antagónica con el artículo 5 de la Ley N° 20.084 que *“...establece plazos acotados de prescripción a favor de adolescentes, pues la primera es una norma especialísima, que establece desde cuando se cuentan estos plazos de prescripción tratándose de determinados delitos sexuales cometidos en contra de [niñas, niños y adolescentes], lo que se encuentra en un título especial, a diferencia del artículo 95 del Código Penal que es una disposición general. Así entonces el plazo de prescripción se computa desde que [la niña, niño o adolescente] víctima cumple los 18 años, lo se explica con claridad en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20207 del 31 de agosto de 2007 que modificó el Código Penal para estos efectos por cuando tratándose de una víctima [niña, niño o adolescente] se entendió que carece de las condiciones adecuadas para denunciar que está siendo objeto de un delito de estas características”* (considerando quinto).

No debe perderse de vista que el objetivo del artículo 369 quáter fue establecer una medida de protección a favor de los menores de edad que hayan sido víctimas de abusos de carácter sexual, resguardando así la indemnidad sexual, integridad física y psíquica de quienes no pueden recurrir a la justicia por iniciativa propia por ser, precisamente, menores de edad y que una vez que cumplen los 18 años corren el riesgo de no poder acceder a la justicia porque el delito ha prescrito²¹.

21 Historia de la Ley N° 20.207, *Ibid.*

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia de 4 de mayo de 2012, Rol N° 330-2012, ahonda en las finalidades de la Ley N° 20.207 que incorporó el artículo 369 quáter, fundamentando su decisión en que: *“...la regla incorporada al Código Penal... ha tenido por finalidad proteger a los menores de edad que han sido víctimas de delitos de connotación sexual, con el objeto de que puedan ejercer sus derechos procesales, denunciar o querellarse, a partir del momento de cumplir 18 años de edad, actuando por sí mismos en juicio, esto es, sin esperar o requerir el concurso o intermediación de un tercero que obre en su representación, pues como se lee en la historia de la ley 20.207... el legislador tuvo en cuenta que muchas veces el delito se encuentra prescrito al momento que la víctima cumple 18 años y adquiere la capacidad suficiente, de la que antes carecía, para obrar por sí misma. Y la situación de desprotección en que se encuentran los menores víctimas de tales delitos, se presenta tanto cuando el victimario es un adulto como cuando lo es un menor de edad, pues en ambos casos la víctima no puede valerse por sí misma para impetrar justicia, quedando entregada a la decisión de sus protectores, que en muchos casos no denuncian los hechos por ser ellos mismos los agresores, o por consideraciones de carácter social o familiar que conducen en definitiva al ocultamiento del delito cometido”* (considerando noveno).

Entre otras sentencias que aplican el artículo 369 quáter, cabe mencionar las sentencias de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 12-2018, de 2 de febrero de 2017, y Rol N° 21-2016, de 22 de enero de 2016, la de la Corte de Apelaciones de Talca, Rol N° 401-2015, de 17 de julio de 2015; y la de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 902-2015, de 4 de enero de 2016.

Sin embargo, el tema no resulta tan pacífico, por cuanto la aplicación supletoria del artículo 369 quáter, podría entrar en contradicción con los principios de celeridad y especialidad, como se verá en los apartados siguientes.

2.2. Alcance del principio de celeridad en la reacción punitiva del Estado: Rapidez y menor dilación posible en la duración de los procesos penales iniciados

Se ha sostenido por las defensas de los adolescentes que la aplicación supletoria del artículo 369 quáter es asistemática en relación con el estatuto de responsabilidad penal adolescente, ya que infringiría los principios transversales del mismo, como los son el principio de especialidad y de celeridad de la materialización de la reacción punitiva del Estado que deben informar las causas y procesos penales en los que intervienen adolescentes en calidad de imputados, de no declararse la prescripción de la acción penal transcurridos los plazos del artículo 5 de la LRPA, desde la fecha de la ocurrencia de los hechos y, que por el contrario, de esperar hasta que los ofendidos cumplan 18 años, para recién iniciar el computo de la prescripción, implicaría que el juzgamiento adolescente podría alargarse por períodos sustancialmente más prologados que aquellos establecidos por la Ley N° 20.084, debiendo preferirse la regla general del artículo 95 del Código

Penal, ya que esta solución resultaría armónica y concordante con el estatuto penal especial creado por la Ley N° 20.084, pues no extiende ni alarga la persecución penal a tiempos indebidos y tampoco desnaturalizaría el sistema de sanciones en materia de RPA²².

El principio de celeridad se contiene explícitamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, al establecer en el artículo 40.2, letra b), que los Estados Partes garantizarán en particular que, respecto de todo niño del cual se alegue que ha infringido la ley penal, la causa será dirimida sin demora por una autoridad judicial u órgano competente, independiente e imparcial, en una audiencia conforme a la ley; y en las Reglas de Beijing, que en su regla 20.1, parte tercera, sobre prevención de demoras innecesarias dispone que: *“Todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias”*. Además, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 5 N° 5 dispone que cuando los menores puedan ser procesados, deben ser llevados ante los tribunales con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

La normativa internacional evidencia que el principio de celeridad, se refiere a una especial rapidez en la tramitación de un procedimiento penal, evitando dentro de lo posible dilaciones innecesarias, lo que dice relación con la duración del proceso penal una vez iniciado, lo que se entiende referido a la investigación y sanción de las infracciones. Lo anterior implica necesariamente que los órganos del Estado han tomado conocimiento de la infracción y que se ha activado la respuesta punitiva del Estado, lo que no es el caso de los plazos de prescripción y de su forma de cómputo.

Lo propio sucede con la plena aplicabilidad de instituciones como la existencia misma de plazos de prescripción, la interrupción de la prescripción por la comisión de un nuevo delito o la suspensión del mismo plazo por su salida y permanencia en el extranjero, las que evidentemente alargan el plazo durante el cual el adolescente puede ser llevado a la justicia. Se trata de instituciones que dicen relación con la protección de bienes jurídicos relevantes y legítimos intereses sociales, como es, evitar la impunidad, instituciones todas que, al alargar los plazos para llevar a la justicia al adolescente o dilatar los procesos, serían inaplicables en virtud del razonamiento de la defensa, no siendo sostenible una discusión al respecto.

Además, cabe precisar que este principio se contiene en el diseño intrínseco del sistema especial de responsabilidad penal adolescente y se manifiesta como parte integrante del mismo, tal como dan cuenta diversas disposiciones de la

22 Ver MAÑALICH, *ob. cit.*

Ley N° 20.084, pero además, debe dársele la respectiva acotación conforme a la normativa internacional que lo contiene, por lo que mal puede verse infringido el principio de celeridad si los procesos contra adolescentes no han sido iniciados y al no existir, en la mayoría de los casos, conciencia por parte de la víctima de haber sido víctima de un delito, sino hasta alcanzar una edad mayor.

En consecuencia, si la persecución punitiva no ha sido siquiera activada, no existe conocimiento acerca del delito y el adolescente no es parte ni sujeto de la relación procesal porque ésta simplemente no existe, no pudiendo entonces ser informante el principio de celeridad. En sentido contrario, tampoco resultaría posible establecer la infracción de dicho principio respecto de un proceso no iniciado, por lo que no resulta posible entender constreñida la celeridad en el juzgamiento de ilícitos que, por sus circunstancias, no han dado inicio a los plazos de prescripción que para ellos se establecieron.

Así las cosas, el principio de celeridad implica rapidez y la menor dilación posible en la duración de los procesos penales iniciados, lo que dice relación con la duración de la investigación, de los juicios y de la sanción que correspondiere aplicar y no con los plazos de prescripción y su forma de cómputo. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia Rol N° 21-2016, de 22 de enero de 2016, en su considerando sexto, se refiere a la oportunidad en la que puede tener cabida el principio de celeridad señalando que: *“... la celeridad en los plazos de prescripción que beneficia a los adolescentes imputados conforme al artículo 5 de la Ley 20.084, sólo puede tener cabida cuando la prescripción está corriendo. Es decir, una vez iniciado el cómputo del plazo conforme la ley penal señala”, agregando que: “... no deben confundirse las normas que establecen los plazos de prescripción, los que claramente en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente son acotados, con normas que alteran el inicio del cómputo en particular para un delito específico y en condiciones especialísimas que la misma norma establece”.*

En consecuencia, no es posible extender el principio de celeridad a otros ámbitos que no se encuentran cubiertos por el sistema de responsabilidad penal adolescente, ni en nuestra legislación, ni en los tratados internacionales sobre la materia. Lo propio se puede decir de la legislación comparada, como la española, que en su Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, al regular la responsabilidad penal de los menores, señala en su artículo 15 regla primera que: *“los hechos delictivos cometidos por los menores prescriben: 1.º Con arreglo a las normas contenidas en el Código Penal, cuando se trate de los hechos delictivos tipificados en los artículos 138 (homicidio simple), 139 (homicidio calificado), 179, 180 (violación y otros delitos sexuales) y 571 a 580 del Código Penal (delitos contenidos en el Capítulo de las organizaciones y grupos terroristas) y*

*de los delitos de terrorismo o cualquier otro sancionado en el Código Penal o en las leyes penales especiales con pena de prisión igual o superior a quince años*²³.

Por su parte, el Código Penal Español establece en su artículo 131, regla primera que: *“1. Los delitos prescriben: A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años. A los quince, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años. A los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez. A los cinco, los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año*²⁴. Por lo tanto, y sin hacer referencia a los plazos de prescripción de los demás delitos de extrema gravedad a los que se refiere el artículo 15 de la Ley Orgánica en cuestión, tratándose de los delitos de violación y otros delitos sexuales sancionados en los artículos 179 y 180 del Código Penal, la acción penal prescribirá a 15 y 20 años, respectivamente, tratándose de adolescentes infractores.

Ahora bien, en cuanto al planteamiento de que la Ley N° 20.084 es un corpus iuris especial, debiendo las normas del Código Penal subordinarse al estatuto especial, lo cierto es que aunque el sistema de responsabilidad penal adolescente se integre con normas y principios internacionales, fue el propio legislador el que estructuró un sistema insuficiente, pero que contempla la supletoriedad del Código Penal y leyes penales especiales (artículo 1°, inciso segundo) y la supletoriedad del Código Procesal Penal (artículo 27, inciso primero), dentro de la legislación especial. Desconocer lo anterior, implicaría el reconocimiento de un sistema de responsabilidad penal adolescente estático, ajeno al cambio que se pueda producir en la valoración de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal y a las distintas formas de resguardarlos, a través de futuras leyes penales.

23 La norma señala además, que prescribirán a los cinco años, cuando se trate de un delito grave sancionado en el Código Penal con pena superior a diez años; a los tres años, cuando se trate de cualquier otro delito grave; al año, cuando se trate de un delito menos grave; y a los tres meses, cuando se trate de una falta.

Finalmente dispone que *“Las medidas que tengan una duración superior a los dos años prescribirán a los tres años. Las restantes medidas prescribirán a los dos años, excepto la amonestación, las prestaciones en beneficio de la comunidad y la permanencia de fin de semana, que prescribirán al año”*.

24 La disposición agrega en su regla segunda que: *“2. Cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción. 3. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso. Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona. 4. En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave”*.

En conclusión, si bien las normas sobre responsabilidad penal adolescente son especiales, el artículo 369 quáter también lo es, no obstante encontrarse regulado en el Código Penal, por cuanto modifica el régimen de prescripción general contenido en el mismo, al modificar el momento en que debe comenzar a computarse el plazo de prescripción cuando se trata de los delitos sexuales a que se refiere la norma y siempre que éstos se comentan contra personas menores de edad. Así, siendo ambas normas especiales, que establecen un estatuto de protección para la misma categoría de sujetos sin que se haya excluido a los imputados adolescentes de la aplicación del 369 quáter y, en razón de la supletoriedad penal consagrada en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 20.084, debería resultar aplicable a los mismos. De este modo, el artículo 95 no resultaría aplicable bajo los supuestos del 369 quáter, en los casos en que el imputado sea adolescente.

A mayor abundamiento, la norma fue introducida al Código Penal, en agosto de 2007, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.084, que no la modificó ni suprimió en el artículo 5 de la misma, en el que se establecen los plazos de prescripción para el caso de infractores adolescentes, de manera que si el legislador hubiera pretendido que tal modificación legal no surtiera efectos para esos casos, así debió indicarlo expresamente. Refuerza lo anterior el que la Ley RPA no defina el momento desde el cual debe contarse la prescripción estableciendo sólo un estatuto más beneficioso de tiempo para que opere la misma, entendiéndolo así la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia Rol N° 357-2016, de 24 de mayo de 2016; la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 997-2014, de 14 de julio de 2014 y Rol N° 749-2011, de 20 de junio de 2011; y la Corte de Apelaciones de Talca, Rol N° 211-2012, de 21 de junio de 2012.

Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido uniforme en esta materia y hay sentencias que han resuelto en sentido contrario, como la Corte de Apelaciones de Valdivia, en sentencia Rol N° 173-2016, de 23 de abril de 2016, la que señala que la supletoriedad debe estar en armonía con la especialidad del régimen jurídico penal de adolescentes, citando la sentencia Rol N° 4419-2013 de la Excelentísima Corte Suprema que, pronunciándose sobre la reincidencia de adolescentes infractores, en su considerando séptimo señala que: *“... deberá acudir a las normas del Código Penal o de otras leyes especiales sólo en aquello que suplan una carencia del sistema de responsabilidad penal adolescente o lo complementen, para lo cual el precepto extraño en el que se busca auxilio, deberá reforzar, servir y vitalizar el sistema penal adolescente, descartando naturalmente toda norma que contraríe no sólo su texto, sino también, conforme al inciso 2° del artículo 2 de la Ley 20.084, los derechos y garantías que le son reconocidos a los adolescentes infractores”,* agregando que *“... será un desacierto recurrir mecánica e irreflexivamente a todas las instituciones regladas en el Código Penal y demás leyes especiales, que la Ley N° 28.084 no trata expresamente o cuya aplicación no descarte de manera explícita, pues el intérprete, más aún el judicial, debe también verificar*

si la materia regulada por los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

Otras sentencias que también descartan la aplicación del artículo 369 quáter a los adolescentes, fundadas en los principios de especialidad y/o celeridad, son las sentencias de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 12-2018, de 2 de febrero de 2017 y Rol N° 21-2016, de 22 de enero de 2016, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, Rol N° 401-2015, de 17 de julio de 2015; y la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 902-2015, de 4 de enero de 2016.

Sobre la especialidad del sistema de responsabilidad penal adolescente y la aplicación del artículo 369 quáter a los mismos, nos referiremos en términos más extensos en el apartado III de este documento.

2.3. Inconsistencias en la aplicación del artículo 369 quáter

Asimismo, se ha argumentado en contra de la aplicación del artículo 369 quáter, que de imponerse una sanción al imputado, ésta se aplicaría a una persona adulta y carecería de sentido aplicar las sanciones previstas en la Ley N° 20.084 a personas que han alcanzado la mayoría de edad, por cuanto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley N° 20.084, dichas sanciones tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.

Sin embargo, la situación planteada se encuentra dentro de las posibilidades que las mismas normas del régimen especial consideran. Es decir, la aplicación del 369 quáter a los adolescentes plantea situaciones dentro de los rangos y estándares previstos y aceptados por el régimen especial de responsabilidad penal adolescente, por cuanto la situación de adultos que son condenados como tales y cumplen sanciones en establecimiento de adolescentes se contempla en la propia LRPA, es el caso, por ejemplo, de infractores que se encuentran en el tramo etario de 16 o 17 años, y cometen pluralidad de crímenes.

De esta forma por ejemplo, si un adolescente de 17 años comete un crimen que se denuncia cuatro años después, cuya investigación dura diez meses hasta llegar a juicio oral, pudiendo demorar todo aproximadamente un año hasta lograr una condena que establezca una pena privativa de libertad de hasta 10 años; tendríamos, en teoría, a un adulto de 22 años condenado a cumplir una sanción bajo el régimen de adolescente hasta los 32 años en virtud de la aplicación de las normas internas del sistema de responsabilidad penal adolescente.

Entonces, ¿por qué resultaría absurda la aplicación de este aumento de plazo que protege los derechos de niñas y niños víctimas, que podría derivar en la aplicación de un régimen de adolescente a un adulto, si el propio sistema lo permite en casos comunes?

Tampoco parece suficiente el argumento de que al aplicar sanciones del régimen especial de adolescentes cuando ya es adulto no se cumpliría ninguno de los fines de las sanciones de ese estatuto especial. En efecto, los fines de la sanción según la ley, son la responsabilización y la reintegración social, dualidad que ha sido reconocida por la doctrina especializada²⁵, y por el Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 786, de 13 junio de 2007, considerando vigésimo tercero, al señalar que “... *los objetivos perseguidos por el legislador no se agotan con la determinación de la pena asignada al delito sino que el juez que la impone tiene un rol activo e integral en asegurar el necesario equilibrio que debe existir entre el intento de rehabilitar al condenado y la necesidad de proteger a la sociedad frente a las conductas delictivas de los adolescentes*”.

Por otra parte, las sanciones especiales para adolescentes y los fines especiales de las mismas, si bien están orientados principalmente a los fines preventivos especiales expresados como reintegración social, no excluyen la concurrencia de los fines preventivos generales, en tanto que los adolescentes son considerados como sujetos responsables de hechos de relevancia criminal, en los que para la determinación de la pena se le asigna importancia al número y gravedad de delitos, dado que resulta necesaria la protección de bienes jurídicos que igualmente pueden afectar con sus actos.

III. PROPUESTA INTERPRETATIVA Y LA EXIGENCIA DE UN EJERCICIO DE PONDERACIÓN DE DERECHOS

Teniendo presente que los derechos de los adolescentes no son absolutos y pueden entrar en colisión con otros derechos fundamentales, la correcta interpretación de las normas en juego exige un ejercicio de ponderación de derechos. Ahora bien, considerando que el artículo 5 de la LRPA consagra plazos de prescripción acotados y no contraviene el artículo 369 quáter del Código Penal, que suspende el inicio del cómputo de la misma, la decisión radica en determinar si, en virtud de la especialidad y la celeridad en favor de los adolescentes infractores, aplicamos el artículo 95 del Código Penal a estos casos, o bien, el artículo 369 quáter, en virtud de la protección de las víctimas

25 COUSO, Jaime. “Sustitución y Remisión de Sanciones Penales Adolescentes. Criterios y Límites para las decisiones en sede de control judicial de las sanciones”. En: *Documento de trabajo n° 18*, Santiago, Chile, Unidad de Defensa Penal Juvenil, 2010, p. 7.

de delitos sexuales menores de edad, en concordancia con la Convención sobre los derechos del Niño y las obligaciones asumidas por el Estado de Chile, al ser parte de dicha convención, advirtiendo desde ya, que no existe un deber del Estado reforzado tratándose de adolescentes infractores en desmedro de las niñas y niños víctimas de delitos sexuales.

Si bien el tratamiento jurisprudencial en la materia no ha sido pacífico y los últimos fallos de la Excm. Corte Suprema establecen que la norma no es aplicable respecto de adolescentes imputados por delitos sexuales, un análisis sistemático de las normas y principios atinentes, nos permitirá concluir que el plazo de prescripción de la acción penal referida a un delito sexual presuntamente imputable a un adolescente no puede empezar a correr el día en que se hubiere cometido el delito, de conformidad con lo previsto en el artículo 95 del Código Penal, por cuanto el sistema de responsabilidad penal adolescente debe interpretarse en armonía con los bienes jurídicos relevantes que protege el ordenamiento jurídico, lo que ha sido reconocido por la propia Corte Suprema en sentencia Rol N° 13.117-2018, de 20 de junio de 2018, al establecer que “... la ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal adolescente, no es una excepción al sistema referido sino que sólo establece reglas particulares que han de cumplirse atento los sujetos que regula”, y que el estatuto de responsabilidad penal adolescente “cede ante el bien jurídico protegido, cual es la vida e integridad física y psíquica de la víctima”²⁶.

En estos casos, los derechos afectados para las niñas y niños víctimas de delitos sexuales son los derechos a la indemnidad sexual, a la integridad física y psíquica, al acceso a la justicia y a la reparación de los daños sufridos, derechos consagrados y garantizados por normas constitucionales y Tratados Internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, a saber, el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, el artículo 5.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 2.1 y 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; por lo que la no aplicación del artículo 369 quáter del Código Penal, conduciría ineludiblemente a la impunidad de los delitos sexuales de los que han sido víctimas, dada la imposibilidad que su

26 La sentencia se pronuncia sobre una apelación de amparo originada en la resolución que decretó la medida cautelar de internación provisoria en simples delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar y si bien mantiene el criterio de que la internación provisoria sólo procede tratándose de imputaciones de crímenes, establece que la exigencia del artículo 32 de la Ley N° 20.084 cede ante el bien jurídico protegido, cual es la vida e integridad física y psíquica de la víctima por lo que la medida cautelar consistente en la internación provisoria del adolescente no importa una ilegalidad que pueda ser corregida por la vía de la acción constitucional de amparo, estableciendo la prevalencia del estatuto de violencia intrafamiliar sobre el de Responsabilidad Penal Adolescente (considerando cuarto).

condición de menores de edad, les impone para denunciar, considerando con mayor razón los breves plazos de prescripción que se establecen para los infractores en la Ley N° 20.084.

Por su parte, tratándose del adolescente infractor, como ya se ha dicho, la afectación del principio de especialidad y celeridad sería parcial, pues sólo impactaría el inicio del cómputo de los plazos de prescripción, conservándose los plazos sustantivamente más breves que se establecen en el artículo 5 de la LRPA, como asimismo el resto de las disposiciones especiales sobre plazos acotados para la investigación y juzgamiento y con sanciones acotadas y variadas que incluyen siempre la posibilidad de sustitución por una menos gravosa, desde que se inicia su cumplimiento. No debe olvidarse que la Ley N° 20.084 contempla mecanismos para ajustar y adecuar permanentemente las sanciones impuestas al condenado por hechos cometidos siendo adolescente, según sus avances, desde el momento mismo del inicio de su cumplimiento, todo ello de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 53 y 54 de la LRPA que permiten la sustitución de condena por una menos gravosa, de oficio o a petición del interesado o de su defensor, en tanto ello parezca más favorable para la integración social del infractor y se hubiere iniciado su cumplimiento.

Por tanto, de aplicarse el artículo 95 del Código Penal y considerando los plazos más breves de prescripción aplicables a los infractores adolescentes, la afectación del derecho de las niñas y niños víctimas de delitos sexuales, que vulnera el bien jurídico de la integridad física y psíquica, y la indemnidad sexual y el derecho de acceso a la justicia, sería total, ya que haría desaparecer completamente el derecho, significando un sacrificio total del mismo.

Para resolver esta discusión, debe considerarse necesariamente la noción sobre el corpus juris de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes que en materia de niñez significa “el reconocimiento a la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes”²⁷. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que este corpus juris “está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones); así como las decisiones adoptadas por los órganos internacionales”²⁸.

27 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos* [en línea]. 2ª Edición, Washington, Estados Unidos, CIDH. Disponible en: <https://cidh.oas.org/countryrep/Infancia2sp/Infancia2cap1.sp.htm>, Párr. 38.

28 Ibid.

Al respecto, debe tenerse presente que la jurisprudencia de la referida Corte ha reconocido su existencia no sólo respecto de los adolescentes infractores de ley penal, sino también respecto de los niños como sujetos de protección, fijando el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana que establece que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”²⁹. En efecto, incluye para fines de interpretación y con efecto en el sistema de responsabilidad penal adolescente, entre otras, las disposiciones comprendidas en las declaraciones sobre los Derechos del Niño de 1924 y 1959, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas sobre Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Riad) además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general³⁰.

Sin embargo, la Corte analizando los casos sobre derechos humanos de niñas, niños y los adolescentes, ha establecido que para fijar el contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana deben tomarse en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), “ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que la Corte debe respetar”³¹. Además, ha señalado que el concepto de *corpus juris* permite utilizar como herramientas de interpretación, normas y decisiones adoptadas, incluso fuera del sistema regional de protección de derechos humanos³².

Por su parte, la Comisión Interamericana ha establecido que revisten una importancia fundamental la incorporación de principios fundamentales en materia de niñez como el principio de no discriminación, el principio de participación, el principio del desarrollo y supervivencia del niño y el principio del interés superior del niño, los que están presentes en las decisiones adoptadas en el sistema regional. Agregando que una de las primeras referencias a este último en las decisiones de la Comisión, se encuentra en su Informe Anual de

29 Ibid., Párr. 40.

30 Ibid., Párr. 41.

31 Ibid., Párr. 42.

32 Ibid., Párr. 43.

1997, en el cual estableció que “en todos los casos que involucren decisiones que afecten la vida, la libertad, la integridad física o moral, el desarrollo, la educación, la salud u otros derechos de los menores de edad, dichas decisiones sean tomadas a la luz del interés más ventajoso para el niño”³³.

Ahora bien, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone en su artículo 2.1 que “*Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales*”. Esta protección especial se explica por la especial condición de vulnerabilidad en que se encuentran niñas y niños y busca protegerlos de la explotación, abuso y negligencia de los que pueden ser objetos.

Además, en su artículo 3.1 dispone que: “*1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-18/03, evidenció que la Convención Americana obliga a los Estados “*a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, crean, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias*”³⁴. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que una distinción implica una discriminación cuando hay diferencia de trato a personas que se encuentran en situaciones análogas o similares y cuando dicha diferencia no es legítima, al carecer de justificación objetiva y razonable, no resultando proporcional entre los medios utilizados y el objetivo perseguido³⁵, lo que es acorde con las cláusulas de prohibición de discriminación que identifican como inaceptables determinadas distinciones,

33 Ibid., Párr. 44.

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (2003), párr. 104. En: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>.

35 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Marcelino Hanríquez y otros vs. Argentina*, Informe N° 73/00, Caso 11.784, (2000), párr. 37. En: www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Argentina11.784.htm.

dentro de las que se señalan, el sexo, la posición económica y “cualquier otra condición”³⁶.

En consecuencia, la discriminación es ilícita cuando se cumplen dos requisitos copulativos, a saber, a) cuando hay un trato diferente de personas que se encuentran en situaciones análogas o fundamentalmente similares, y b) cuando la diferencia de trato carece de “*justificación objetiva y razonable*”, considerándose la existencia de “*justificación objetiva y razonable*” si la medida en cuestión tiene un propósito legítimo y existe una “*proporcionalidad razonable entre los medios empleados y los objetivos que se intenta lograr*”³⁷. Así, el fundamento de la diferencia debe exigir como finalidad, “*una necesidad social mayor o un mayor grado de encaje o proporcionalidad*” entre los medios adoptados y la finalidad perseguida³⁸.

En el ámbito nacional, el Tribunal Constitucional ha establecido que para que una medida no sea discriminatoria e ilícita, requiere proporcionalidad y la evitación de resultados que sean intolerables o excesivos para los derechos afectados, acudiendo a la garantía constitucional del artículo 19 N° 26, que admite intervenciones legales en los derechos, a condición de que tales regulaciones no afecten los derechos en su esencia o impidan su libre ejercicio; sin que prácticamente exija la necesidad³⁹.

Lo anterior, exige interpretar las normas jurídicas internas y su interrelación con los tratados internacionales sobre derechos humanos, teniendo en cuenta el fin último de los mismos, esto es, la protección más efectiva posible de los derechos fundamentales y la dignidad humana, que exige al intérprete una tarea de armonización de los derechos en juegos, logrando un equilibrio que permita la máxima realización posible de dichos derechos, efectuando un examen de proporcionalidad en sentido estricto que obliga a analizar si la limitación producida al derecho constituye una medida equilibrada entre

36 Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

37 SHELTON, Dinah. *Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* [en línea]. Santiago, Chile, Anuario de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2008. Disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13488>. [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2019].

38 DULITZKY, Ariel. *El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana* [en línea]. Santiago, Chile, Anuario de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2007. Disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13452/13720-DOI:10.5354/0718-2058.2007.13452> [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2019].

39 COVARRUBIAS, Ignacio. *¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad?* [en línea]. Santiago, Chile, Estudios Constitucionales, Año 12, N° 1, 2014. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v12n1/art05.pdf>. [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2019].

el beneficio del bien común que se obtiene de la restricción y el perjuicio que sufre el derecho afectado, debiendo valorarse la medida restrictiva a la luz de los derechos afectados y el interés público perseguido.

En la situación que se analiza, los jóvenes infractores tienen derecho a la celeridad y a un tratamiento diferenciado de los adultos, pero no tienen derecho a la impunidad, a costa del derecho de niños y niñas a que se proteja su integridad física y psíquica, su indemnidad sexual, así como tampoco el derecho que como víctimas de delito les asiste de acceder a la justicia.

Ahora bien, sostener la improcedencia del artículo 369 quáter en estos casos, implicaría reconocer que niñas y niños víctimas de delitos sexuales por parte de un agresor adolescente, no merecen el estándar máximo de protección, lo que implicaría asumir que las conductas no son igualmente lesivas, dependiendo de si quien las ejecuta es adolescente o mayor de dieciocho años, asignando dicha interpretación un menor valor a la indemnidad sexual e integridad física y síquica de las niñas y niños víctimas de delitos sexuales por parte de un adolescente. Además, la indemnidad sexual no admite gradaciones, “pues ello implicaría considerar a algunas personas menos libres que otras y por tanto desconocer los principios constitucionales de la dignidad humana y la igualdad de todas las personas”⁴⁰. Por tanto, la distinción que pudiera hacerse en este punto podría resultar ilegítima.

Por su parte, el derecho penal constituye la forma de tutela más eficaz de los bienes y derechos fundamentales de los individuos. Por ello cuando el legislador, por razones de política criminal tipifica y sanciona una conducta con el objeto de resguardar un bien jurídico determinado, las personas que se encuentren en las mismas circunstancias, tienen el derecho a recibir igual protección, sin que se autorice el establecimiento de distinciones que no estén fundadas en razones legítimas.

Además, una de las consideraciones principales que motivó la incorporación de artículo 369 quáter a nuestro ordenamiento jurídico fue el dar cumplimiento a la Convención de los Derechos del Niño, al incorporar el principio del “interés superior del niño”, consagrado en forma expresa en el artículo 3 párrafo 1° de la misma, la que fue ratificada por Chile en el año 1990 y, que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental, forma parte del ordenamiento constitucional que señala que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos

40 Corte Constitucional de Colombia, C-285/97. Fuente: Gaceta de la Corte Constitucional [en línea]. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5373>

legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

La Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)⁴¹, establece en su párrafo 4° que: *“El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del Niño”, agregando que el Comité ya ha señalado que “lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”*. Además y remitiéndose a la Observación general N° 5, párr. 12, indica que el Comité espera que los Estados interpreten el término “desarrollo” como “concepto holístico”, por lo que la plena aplicación del concepto de interés superior del niño lo que exige es adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana⁴².

El Comité subraya que el interés superior del niño abarca tres dimensiones: a) como un derecho sustantivo, por cuanto el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales; b) como un principio jurídico interpretativo fundamental, de manera que si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva dicho interés; y c) como una norma de procedimiento, toda vez que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concretos o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.

Por ello, y teniendo presente el equilibrio o proporcionalidad entre limitación a los derechos de los adolescentes infractores y el beneficio al bien común que se obtiene de la restricción que sufre el derecho afectado, y en aplicación de

41 Aprobada por el Comité de los Derechos del niño en su 62° período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013).

42 Observación general N°14, párrafo 5°.

las reglas de ponderación, el estatuto de protección del adolescente infractor debería ceder ante el estatuto de protección de las víctimas de delitos sexuales menores de edad, porque es la interpretación que mejor protege los derechos en colisión, armonizándoles sin excluir ninguno, y superando el test de proporcionalidad, lo que no sucede con la interpretación contraria. Así las cosas, el principio de celeridad o una eventual alegación del principio de especialidad respecto del régimen de responsabilidad penal adolescente cede ante las exigencias del respeto al interés superior del niño y de las normas y compromisos internacionales suscritos y ratificados por el Estado de Chile a su respecto, principalmente, los artículos 2.1. y 3.1. de la Convención sobre los Derechos del niño.

La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia ha reconocido al interés superior del niño como principio limitante al de celeridad y especialidad con especial atención al carácter de la víctima de los menores de edad y al bien jurídico protegido. En efecto, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en sentencia rol N° 249-2018, de 25 de junio de 2018, señala que la norma del artículo 369 quáter *“es completamente compatible con el artículo 5 de la Ley 20.084, en la medida que ambos están establecidos para el interés superior del adolescente, sea como víctima o en su calidad de imputado, sin que ello signifique infringir las convenciones internacionales o acuerdos de este tipo, porque el fin del legislador ha sido mantener incólume la necesidad de la víctima menor de edad de resolver sus situaciones que le han afectado al norma desarrollo de su vida integral y que legítimamente requiere esclarecer para que el ordenamiento jurídico aplique la sanción que en derecho corresponda”*. En el mismo sentido la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en sentencia Rol N° 6-2017 considera que la existencia de una colisión de normas entre el artículo 369 quáter del Código Penal y el artículo 5 de la Ley N° 20.084, *“ha de resolverse privilegiando el bien jurídico que aparezca como más significativo y, en este caso, es la protección de los menores de edad y su indemnidad sexual”*.

Además, tratándose de niñas víctimas de delitos sexuales por parte de un adolescente infractor, los argumentos para la procedencia del artículo 369 quáter se complementan con la normativa internacional sobre violencia contra la mujer, por cuanto, el deber de protección asumido por el Estado de Chile a nivel internacional, mediante la ratificación en el año 1989 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y de la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Para), en el año 1998; y a nivel nacional, mediante la entrada en vigencia de la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar exigen de las autoridades una respuesta oportuna y decidida no sólo que sancione y repare los actos de violencia sexual, sino también que los prevenga, ya que sólo así será posible impedir la vulneración de los derechos humanos de las víctimas mujeres desde que son niñas. Sobre el particular, el fallo

de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 13.117-2018, ya citado, establece la prevalencia del estatuto de violencia intrafamiliar sobre el de responsabilidad penal adolescente, al disponer que *“el Estado de Chile ha declarado, a través de la Ley N° 20.066, que junto con prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar debe establecer los medios para lograr una adecuada protección a la víctima de violencia intrafamiliar”*.

En consecuencia, la aplicación del artículo 369 quáter del Código Penal en la persecución de delitos cometidos por adolescente deja de ser una aplicación mecánica y sorda a los demás principios involucrados, toda vez que su aplicación al caso concreto resulta, efectivamente, una manifestación positiva de las normas nacionales que dan respuesta a la protección de las normas y principios en protección del interés superior de niñas y niños y su indemnidad sexual.

La Corte de Apelaciones de Santiago recogiendo la normativa internacional sobre el interés superior del niño, ha establecido en la sentencia Rol N° 3132-2019, de 26 de julio de 2019, que el artículo 369 quáter es una norma proteccional que *“cede en favor de la víctima y no de cualquier víctima sino de una víctima menor de edad. La norma protege un principio básico y superior, el interés Superior del Niño... principio que prima por sobre cualquier otro principio, incluso el principio Indubio Pro Imputado. Estamos en presencia de una norma especialísima y excepcional y así quedó establecido en la historia fidedigna del establecimiento de la ley como una norma protectora de una víctima menor de edad, frente a los abusos de carácter sexual de que son objeto siendo menores de edad, valga la redundancia, víctimas que no han alcanzado la madurez emocional y el desarrollo cognoscitivo necesario para evaluar el contenido, intencionalidad y consecuencias de actos de esta naturaleza y que por el temor a la persona de su agresor, que por lo general son parte del grupo íntimo y cercano, no informan oportunamente, develándose éstos tardíamente tomando conocimiento algún adulto responsable transcurridos años después de su ocurrencia... Se trata, en efecto, de un derecho sustantivo, de un principio jurídico interpretativo fundamental y de una norma de procedimiento”*.

La sentencia agrega que *“la acción penal se vio dificultada, o derechamente impedida, por las características de la acción o las relaciones entre víctima y ofensor, y es por ello, que se justifica el aumento del plazo, hasta que dichas circunstancias presumiblemente desaparecieron o se vieron atenuadas, lo que se alcanza con la mayoría de edad, al tenor de la norma del artículo 369 quáter del Código Penal”* (considerando séptimo).

En este mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en sentencia Rol N° 50-2018, de 22 de mayo de 2018, respecto a la eventual colisión de normas, resuelve en favor de la protección de las víctimas al señalar que *“las normas sobre protección el menor víctima de violación adquieren una mayor especialidad frente a la norma de la ley 20.084, establecida en forma genérica*

respecto de los menores de edad” (considerando décimo). Además, indica que el principio de celeridad y el objetivo de la resocialización que buscan la Ley RPA, “no es óbice y no puede prevalecer sobre el derecho a la vida e integridad física y síquica del niño víctima de un delito como el descrito” (considerando décimo primero del fallo de la Corte).

La misma Corte, en sentencia Rol N° 211-2019, de 9 de diciembre de 2019, realiza una interpretación sistemática fundada en la Convención de los Derechos del Niño y la normativa internacional vigente sobre la violencia contra la mujer, pues en el caso concreto se trataba de abuso sexual de menor de 14 años en carácter de reiterado cometido por un adolescente de 17 años en contra de una niña de 11 años de edad a la fecha de la ocurrencia de los hechos.

La sentencia en su considerando quinto señala que “nos encontramos ante un caso de complementariedad normativa donde el juzgador debe efectuar un test de proporcionalidad de derechos protegidos por tratarse de sujetos involucrados de la misma categoría –imputados adolescentes y víctimas [niñas, niños y adolescentes]– para dilucidar adecuadamente la que tiene preeminencia. Con esta finalidad corresponde acudir a la normativa contenida en los Tratados Internacionales que han sido aprobados por nuestro país y rigen la materia, de conformidad al artículo 5 de la Constitución Política de la República desde la perspectiva de los estándares internacionales en materia de derechos humanos de [niñas, niños y adolescentes]”. La sentencia establece que la Ley N° 20.207 que introdujo el artículo 369 quáter al Código Penal, “tuvo su origen en tratar de brindar mayor protección a las víctimas menores de edad de determinados delitos sexuales, especialmente aquellos que ocurren en el entorno familiar o cometidos por personas cercanas a la víctima, toda vez que en casi todos los casos el agresor aprovecha la inmadurez intelectual del [niñas, niños y adolescentes], que sólo tiene conciencia del real significado de estas acciones sexuales abusivas transcurrido mucho tiempo luego de ocurridos los hechos, ello implicaba –entonces– que los dejaba impedidos de accionar penalmente dentro de los plazos que la ley establecía, resultando el hecho impune”.

Además, al invocar la Convención sobre los Derechos del Niño, si bien se refiere y desarrolla el principio del interés superior del niño, según las tres dimensiones establecidas por Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en su Observación General N° 14, del año 2013, también hace presente la necesidad de ponderar los principios de la autonomía progresiva y la participación voluntaria, además del derecho a ser oído, indicando que todos estos principios y derechos “se verían vulnerados con la interpretación de la defensa del imputado ya que esta última de plano le impide a la víctima [niñas, niños y adolescentes] participar y ser escuchada por el tribunal, teniendo presente que la aludida Convención es una norma supralegal, que ha sido suscrita por nuestro país y por ende recogida a través de lo que establece el artículo 5° de la Constitución Política de la República”, concluyendo que los principios mencionados deben

prevalecer, pues suponen la intervención del [niño, niña y/o adolescente] víctima en el proceso.

Cabe destacar que la sentencia mencionada, incorpora en su decisión la normativa de la “*Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*” de Naciones Unidas, cuyo protocolo facultativo fue aprobado recientemente por el Senado⁴³, sin perjuicio de su reconocimiento previo como “derecho vigente” por la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, al señalar que “*la Convención refuerza la protección dispensada a las mujeres pues la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer en la sociedad, como en el presente caso donde un una incorrecta comprensión del problema planteado genera un espacio de impunidad donde pierde la calidad de víctima de la que es titular dentro del proceso penal, siendo que lo que persigue la Convención es crear conciencia sobre las múltiples discriminaciones de las que son víctimas las mujeres y la urgente necesidad de prevenirlas, erradicarlas y eventualmente sancionarlas*”. Asimismo, fundamenta su decisión en la Convención de Belem do Pará que sanciona la violencia contra la mujer y específicamente en este caso la de connotación sexual.

Así las cosas, el principio de celeridad o una eventual alegación del principio de especialidad respecto del régimen de responsabilidad penal adolescente debiera ceder ante las exigencias del respeto al interés superior del niño y de las normas y compromisos internacionales suscritos y ratificados por el Estado a su respecto; y la aplicación del artículo 369 quáter del Código Penal en la persecución de delitos cometidos por adolescentes deja de ser una aplicación mecánica y sorda a los demás principios involucrados, toda vez que su aplicación resulta una manifestación positiva de las normas nacionales que dan respuesta a la protección de las normas y principios que, entre otros, han preocupado de sobremanera a los organismo internacionales y a los Estados, esto es, el interés superior del niño, niña y adolescente y su indemnidad sexual.

En consecuencia, no resulta razonable entender disminuida la protección a las víctimas de delitos sexuales menores de edad, atendida la edad de su agresor sexual, especialmente teniendo presente que existe acción penal pública para perseguir delitos sexuales en contra de menores de edad, según lo dispuesto

43 El 3 de diciembre de 2019, la Sala del Senado aprobó el protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), con 23 votos a favor, 15 en contra y 3 abstenciones.

en el inciso tercero del artículo 369 del Código Penal en relación con el inciso segundo del artículo 53 del Código Procesal Penal, en los que la “(...) *preponderancia a la voluntad o actuación de la víctima, decae frente al interés público que reviste la persecución penal de delitos cometidos contra personas cuyo estatus normativo las hace acreedoras de una protección reforzada*”⁴⁴.

IV. SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA Y LEY N° 21.160 QUE DECLARA IMPRESCRIPTIBLES LOS DELITOS SEXUALES COMETIDOS CONTRA MENORES DE EDAD

Como lo señalamos en la introducción, el 18 de julio de 2019 entró en vigencia la Ley N° 21.160 que incorpora un nuevo artículo 94 bis al Código Penal declarando la imprescriptibilidad de los siguientes delitos sexuales cuando la víctima es menor de edad: secuestro con violación; sustracción de un menor de 18 años con violación; tortura con violación; apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes con violación; la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o el uso de animales en ello; la violación; el acceso carnal, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años; estupro; acceso carnal a un mayor de 14 y menor de 18; abuso sexual; abuso sexual de menor de 14 años; acción sexual ante un menor de 14 años; producción de material pornográfico; promover o facilitar la explotación sexual de menores; clientes de la explotación sexual de menores de 18 y mayores de 14; trata de personas para delitos sexuales y robo con violación⁴⁵.

44 HORVITZ, María Inés. *Derecho Procesal Penal Chileno. Principios, Sujetos Procesales, Medidas Cautelares, Etapa de Investigación*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, Tomo I, p. 335.

45 “Artículo 94 bis.- No prescribirá la acción penal respecto de los crímenes y simples delitos descritos y sancionados en los artículos 141, inciso final, y 142, inciso final, ambos en relación con la violación; los artículos 150 B y 150 E, ambos en relación con los artículos 361, 362 y 365 bis; los artículos 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter; el artículo 411 quáter en relación con la explotación sexual; y el artículo 433, N° 1, en relación con la violación, cuando al momento de la perpetración del hecho la víctima fuere menor de edad”.

2) Intercálase, en el inciso tercero del artículo 369, a continuación de la palabra “dispuesto”, la siguiente expresión: “en el artículo 369 quinquies de este Código y”.

3) Suprímese el artículo 369 quáter.

4) Agrégase, a continuación del artículo 369 quáter, el siguiente artículo 369 quinquies: “Artículo 369 quinquies.- Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, inciso final, y 142, inciso final, ambos en relación con la violación; los artículos 150 B y 150 E, ambos en relación con los artículos 361, 362 y 365 bis; los artículos 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter; el artículo 411 quáter en relación con la explotación sexual; y el artículo 433, N° 1, en relación con la violación, perpetrados en contra de una víctima menor de edad, se considerarán delitos de acción pública previa instancia particular y se regirán por lo dispuesto en el artículo 54 del Código Procesal Penal desde que el ofendido por el delito haya cumplido los dieciocho años de edad, si no se ha ejercido antes la acción penal”.

La nueva ley, en el numeral 3, de su artículo 1, suprime el artículo 369 quáter, disponiendo en el artículo 5 de su Título Final De la Responsabilidad penal adolescente, que *“Las disposiciones de esta ley no tendrán aplicación respecto de los delitos perpetrados por adolescentes, sujetos a la ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal”*; y regula el efecto temporal de la ley en su único artículo transitorio, que señala que para *“los hechos delictivos cometidos con anterioridad a la publicación de esta ley, continuará vigente el artículo 369 quáter del Código Penal”*. De este modo, la regla del artículo 369 quáter continúa vigente sólo para los casos de delitos sexuales cometidos en contra de niñas y niños con anterioridad al 18 de julio de 2019 y respecto de los hechos cometidos con posterioridad a esa fecha, el plazo de prescripción empezará a correr desde la ocurrencia de los mismos, según la regla general del artículo 95 del Código Penal.

Si bien, es reconocible que el tratamiento jurisprudencial en cuanto a la aplicación del artículo 369 quáter en los casos con imputado adolescente no ha sido pacífico, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 21.160, hay diversos pronunciamientos que estiman procedente el artículo 369 quáter respecto de adolescentes. Es el caso de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3132-2019, de 26 de julio de 2019 y de la sentencia Rol N° 211-2019 de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de fecha 9 de diciembre de 2019.

No obstante lo anterior, la Excelentísima Corte Suprema, resolviendo tres recursos de nulidad, ha estimado improcedente la regla prevista en el artículo 369 quáter del Código Penal que suspende el punto de partida para el cómputo de la misma hasta que la o las víctimas alcancen la mayoría de edad, dando prioridad a los principios de celeridad y especialidad del sistema de responsabilidad penal adolescente.

Cabe señalar, que con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 21.160, las defensas fundan la improcedencia del artículo 369 quáter en los artículos 1 y 5 de la Ley N° 21.160 y en que el tribunal debe aplicar la normativa más favorable al imputado, en razón del mandato contenido en el artículo 19 de la Constitución Política de Chile, según el cual, *“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”*. Además y como corolario de dicha garantía, invocan el artículo 18 del Código Penal que en su inciso segundo dispone: *“Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento”*.

El pronunciamiento más reciente de la Excelentísima Corte Suprema, es aquel establecido en la sentencia Rol N° 26.887-2019, de 8 de enero de 2019, donde señaló que: *“debe prevalecer el precepto contenido en el cuerpo legal*

especial –artículo 5 de la Ley N° 20.084– por sobre aquél que se consagra en el Código Penal” (considerando undécimo), interpretación que ya se había plasmado en las sentencias previas Rol N° 20.755-2018, de 16 de octubre de 2018 y Rol N° 21.473-2019, de 13 de septiembre de 2019, disponiendo que “encontrándose en la Ley N° 20.084, una disposición que señala de forma expresa cómo debe contarse el plazo de prescripción de la acción penal para los adolescentes infractores, por el principio de especialidad que la rige, es el artículo 5° del compendio normativo antes referido el que debe ser aplicado al caso de autos, habiéndose cumplido en las oportunidades señaladas por el recurso, el plazo de cinco años contemplado en dicha normativa para declarar la prescripción de la acción penal” (considerando noveno), agregando respecto de la aplicación del artículo 369 quáter del Código Penal que: “no debe perderse de vista que dicho precepto integra un régimen de responsabilidad de adultos, contenido en una ley penal de carácter general, no dirigida a individuos determinados” (considerando séptimo).

La sentencia Rol N° 26.887-2019, señala que la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes *“debe ser mirada como un conjunto de reglas y principios estructurados y enlazados entre sí por valores, fines y una lógica inspiradora sustancialmente diversa a la que informa el sistema penal de adultos”*. La conclusión anterior plantea el desafío de dilucidar entonces, cómo se concilia este sistema o régimen especial, con lo prescrito en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 20.084, cuando dispone que *“en lo no previsto por ella serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales”*, y además sostiene que el Código Penal y las demás leyes penales especiales, tienen únicamente un carácter supletorio respecto del sistema de responsabilidad penal consagrado en la Ley N° 20.084 *“sólo en aquello que suplan una carencia del sistema de responsabilidad penal adolescente establecido en la Ley N° 20.084, o lo complementen, para lo cual necesariamente el precepto foráneo en el que se busca auxilio, deberá reforzar, servir y vitalizar el sistema de responsabilidad penal adolescente creado por dicho cuerpo normativo, descartando naturalmente toda norma que contrarie no sólo su texto, sino también, conforme al inciso 2° del artículo 2° de La Ley N° 20.084, los derechos y garantías que les son reconocidos a los adolescentes infractores, en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”*, haciendo referencia a la sentencia Rol N° 4419-2013, de 17 de septiembre de 2013, sobre reincidencia (considerando sexto) al artículo 40 N° 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y al principio del interés superior (considerando quinto).

Cabe hacer presente que la sentencia Rol N° 26.887-2019 resuelve el debate planteado, sobre la base de entender que existiría una contraposición entre el artículo 5 de la Ley N° 20.084 y el artículo 369 quáter del Código Penal,

sin embargo, insistimos en que las normas referidas no se contraponen, ni se encuentran en colisión alguna, de modo que ninguna de las normas prevalece sobre la otra pudiendo complementarse perfectamente. Como ya se ha dicho, se trata de disposiciones complementarias entre sí y especiales, la del artículo 5° de la Ley N° 20.084, por encontrarse en un estatuto especial para adolescentes y la del artículo 369 quáter del Código Penal por modificar la regla general del artículo 95 del Código Penal, en cuanto al momento a partir del cual debe iniciarse el cómputo de la prescripción de la acción penal para determinados delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad.

La última sentencia de la Corte Suprema sobre el artículo 369 quáter (sentencia Rol N° 26.887-2019), a diferencia de las anteriores, incorpora un nuevo argumento para fundar su decisión, a saber, “la regla contenida en el artículo 18, inciso 2°, del Código Penal, que mandata hacer aplicación de la ley más favorable promulgada *“después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término”*, siendo aquella en la especie la contenida en el artículo 5 de la antes citada Ley N° 21.160, precepto que establece expresamente que las disposiciones de dicho cuerpo normativo, no tendrán aplicación respecto de los delitos perpetrados por adolescentes sujetos a la Ley N° 20.084, excluyendo de tal modo, la aplicación a su respecto del artículo primero transitorio de la tantas veces citada Ley N° 21.160, que mantiene vigente el artículo 396 quáter del Código Penal en lo tocante a los ilícitos cometidos con anterioridad a su publicación” (considerando décimo).

Sobre este último argumento, el voto en contra, recoge la postura del Ministerio Público al señalar que *“si bien la Ley N° 21.160, de 18 de julio de 2019, estableció la imprescriptibilidad para la persecución de determinados delitos -entre ellos el que se ha determinado en estos antecedentes- y derogó el artículo 369 quáter del Código Penal, ese mismo cuerpo legal, en su artículo transitorio dispone que para los hechos delictivos cometidos con anterioridad a la publicación de esa ley -cuyo es el caso ventilado en esta causa-, continuará vigente dicho artículo 369 quáter, por lo que no corresponde a estos disidentes hacer relación, por ahora, a los efectos de aquella ley al razonar sobre su decisión”*⁴⁶.

En los casos conocidos por la Excelentísima Corte Suprema, se trataba de víctimas de violación y/o abusos sexuales reiterados de 4 a 7 años de edad al momento de ocurridos los hechos, que develaron la situación de las que fueron víctimas, entre los 10 y los 14 años de edad.

46 La sentencia fue pronunciada por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Manuel Antonio Valderrama R., Leopoldo Llanos S., y los Abogados Integrantes Sr. Jorge Lagos G., y Sra. María Cristina Gajardo H. y cuenta con el voto en contra del Abogado Integrante Sr. Lagos.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La Ley N° 21.160 que declara la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos en contra de niñas y niños, deja a las víctimas de estos delitos en una situación compleja cuando su agresor ha sido adolescente, por lo que se hace necesario realizar las modificaciones pertinentes en el artículo 5 de la Ley N° 20.084 que regula la prescripción de la acción penal en los casos de adolescentes infractores, toda vez que, que no obstante haberse establecido la vigencia del artículo 369 quáter del Código Penal en la disposición transitoria de la Ley N° 21.160, para los hechos ocurridos con anterioridad al 18 de julio de 2019, la regulación vigente ha sido objeto de una doble interpretación, al disponer la nueva ley, en su artículo 5, que sus disposiciones no tendrán aplicación respecto de los delitos perpetrados por adolescentes sujetos a la Ley N° 20.084.

La interpretación reciente de la Corte Suprema en esta materia conlleva a la extinción de la responsabilidad penal por prescripción, no obstante haberse acreditado la conducta típica y la participación del imputado que al momento de ejecutar los hechos era adolescente, afectándose con ello el interés superior de los niños y niñas víctimas de delitos sexuales, sin que éstos reciban una respuesta estatal acorde y reparadora, pese a la experiencia traumática vivida y el desgaste emocional que significa iniciar una investigación de esta naturaleza, participando en pericias, declarando y enfrentando un juicio. Y lo que preocupa aún más, es que para los delitos sexuales cometidos por adolescentes a partir del 18 de julio de 2019, fecha de publicación de la Ley N° 21.160, ni siquiera existirá la opción de plantear la procedencia de la norma derogada, rigiendo de dicha fecha en adelante, los breves plazos de prescripción contenidos en el artículo 5 de la LRPA, esto es, 5 y 2 años, según se trate de ilícitos sexuales constitutivos de crímenes o simples delitos, respectivamente, contados a partir del día en que se hubiere cometido el delito.

Si bien, el fundamento de la imprescriptibilidad puede explicarse perfectamente desde una concepción del derecho penal *“como instrumento necesario para preservar un determinado orden social”*, por cuanto *“la extrema gravedad de ciertos delitos, que cuestionan las bases más esenciales de determinados modelos de sociedad, tiene como consecuencia que sea imprescindible el transcurso de un lapso temporal muy prolongado para su superación, hasta el punto de que su persecución y castigo siguen siendo necesarios mientras vivan los (presuntos) responsables”*⁴⁷; y la necesidad de excluir con justa razón a los adolescentes infractores de la imprescriptibilidad regulada en la

47 RAGUES, Ramón, *ob. cit.*, p. 92.

Ley N° 21.160, se funda en el principio de la tolerancia especial⁴⁸, el principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva del Estado y la necesidad de un tratamiento diferenciado⁴⁹, no parece razonable el reconocimiento de garantías reforzadas de los derechos del imputado adolescente, sin considerar los derechos y principios referidos a las víctimas, en circunstancias que es deber del Estado y de sus organismos propender a su protección, máxime si se trata de la indemnidad sexual, la integridad física y síquica de niñas y niños, resultando absolutamente insuficiente la regulación en esta materia, debiendo buscarse una solución acorde con el sistema interamericano y universal de protección de los derechos humanos de los niños.

Este estándar internacional implica la imposición de obligaciones especiales para los Estados, las cuales deben ser cumplidas a nivel legislativo y en los procesos internos, tanto penales como investigativos, con el fin de proteger cabalmente los derechos humanos de las víctimas a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. Por tanto, se sugiere ampliar los plazos de prescripción previstos en el artículo 5 de la Ley N° 20.084, para los delitos más graves que prevé nuestro ordenamiento jurídico.

Sin duda, la tramitación del proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica, contenido en el Boletín N° 11.174-07, puede ser una oportunidad para ello. Mientras tanto, las discusiones en sede judicial en cuanto a si procede la aplicación del artículo 369 quáter a los adolescentes seguirán generándose, especialmente considerando los diversos fallos de Cortes de Apelaciones del país, posteriores a la entrada en vigencia de la Ley N° 21.160, que han continuado acogiendo la postura del Ministerio Público respecto del referido artículo 369 quáter del Código Penal.

48 El fundamento de este principio es “que muchos o la mayoría de los menores que abusan de tales oportunidades, cuando maduren, aprenderán mejor a vivir en forma autónoma –y no deberían ser cargados indebidamente con las consecuencias penales de sus malas elecciones anteriores”; en Hirsch citado en MAÑALICH, *ob. cit.*, p. 218.

49 Historia de la Ley N° 21.160, págs. 40 y 41 (Primer Trámite Constitucional en el Senado, Informe de la Comisión de Constitución).

CONTENIDOS

Artículos

La cooperación eficaz en delitos de corrupción

Hernán Fernández Aracena

La denuncia anónima en la investigación
de los delitos de la Ley N° 20.000

Alejandro Ivelic Mancilla

Los crímenes de lesa humanidad
en la Ley N° 20.357

Antonio Segovia Arancibia

Los alcances de la circunstancia comisiva
de aprovechamiento de la incapacidad para
oponerse de la víctima en los delitos contra
la libertad / indemnidad sexual

Maurizio Sovino Meléndez y Sofía Huerta Castro

La obtención de evidencia digital de
proveedores de servicio y las garantías
fundamentales involucradas

Camila Bosch Cartagena

Interpretación jurisprudencial del delito de
“tráfico de armas” tipificado en el artículo
10 de la Ley N° 17.798

Karen Guzmán Valenzuela

La discusión en torno a la aplicación del artículo
369 quater del Código Penal a los adolescentes
infractores y la necesidad de regular la
prescripción de los delitos sexuales en el sistema
de responsabilidad penal adolescente

María José Taladriz Eguiluz